

THESIS / THÈSE

DOCTEUR EN SCIENCES JURIDIQUES

Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office

Nihoul, Marc

Award date:
2001

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office

*Pour une relecture civile et judiciaire
à l'aide du droit commun de l'exécution*

*Aux sources du droit administratif belge et de l'acte unilatéral
vers une théorie générale des effets des obligations administratives*

Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office

*Pour une relecture civile et judiciaire
à l'aide du droit commun de l'exécution*

Marc Nihoul

Docteur en droit à la Faculté de droit
des F.U.N.D.P. de Namur
Avocat au Barreau de Bruxelles

Avec la préface du Promoteur :

Hendrik Vuye

Professeur à la Faculté de droit
des F.U.N.D.P. de Namur

"Les opinions défendues dans la dissertation doctorale engagent exclusivement leur auteur.
L'autorisation de les défendre en séance publique ne permet pas de considérer ces opinions
comme partagées par certains membres du jury, ni par le jury, ni par la faculté, ni par les
Facultés" (article 30 du règlement du doctorat de la Faculté de droit de Namur).

Dissertation présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en droit
à la Faculté de droit des Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur

PRÉFACE

Cet ouvrage constitue la version commerciale d'une thèse de doctorat défendue le 4 octobre 2000 à la Faculté de droit des Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur, devant un jury, présidé par le Professeur René ROBAYE (F.U.N.D.P. & U.C.L.) et composé des Professeurs Robert ANDERSEN (U.C.L.), Marc BOES (K.U.L.), Yves POULLET (F.U.N.D.P. & U.Lg.) et Xavier THUNIS (F.U.N.D.P. & U.C.L.). Personnellement, j'ai eu le plaisir d'assister, en tant que promoteur, à la genèse de cette œuvre qui fut défendue magistralement par le candidat.

Lors de la défense publique, l'un des membres du jury a félicité le candidat – proclamé docteur en droit quelques heures plus tard – en déclarant : "ceci est une véritable thèse !". En effet, cette phrase, à première vue banale, est un excellent résumé des qualités du présent ouvrage et, surtout, des différences entre la thèse de doctorat de Monsieur Marc NIHOUL et beaucoup d'autres thèses de doctorat.

L'auteur n'a pas peur d'être exhaustif dans ses références doctrinales et jurisprudentielles. La documentation utilisée lors de la préparation de cette thèse est impressionnante. L'auteur n'a fait aucune concession au "journalisme scientifique", ce courant de la pensée juridique qui admet que l'on puisse accéder à la félicité juridique sans passer par ce purgatoire formé par les écrits, les pensées et les non-dits des autres. Parmi une multitude d'exemples possibles, nous n'en citerons qu'un seul : l'analyse que fait l'auteur de l'arrêt "La Flandria" de la Cour de cassation (nos 33 et 34 ainsi que 48 et s.). Nous pensons tous connaître la portée réelle de l'arrêt du 5 novembre 1920 et des conclusions du Procureur général LECLERCQ. La lecture du chapitre consacré par l'auteur à cette révolution jurisprudentielle réprimera tout mouvement d'orgueil chez le lecteur.

Malgré la somme d'information contenue dans chaque chapitre, l'analyse de l'auteur n'est nullement descriptive: il prend position, mais toujours après une déconstruction détaillée des points de vue en présence. Nous pensons plus particulièrement à la déconstruction magistrale des écrits du Doyen Maurice HAURIOU (nos 138 et s.).

D/0147/2001/23
ISBN 2 - 87403 - 061 - 9

Cette édition ne peut même partiellement être reproduite ni traduite ou adaptée sous quelque forme que ce soit moyennant photocopie, microfilm, enregistrement ou tout autre moyen, sans l'autorisation de l'éditeur.

© la Charte Brugge
Oude Gentweg 108
8000 Brugge
Tél. (050) 33 12 35

L'analyse historique des deux privilèges est un des autres points forts de l'ouvrage. L'auteur est un structuraliste qui réussit avec brio à différencier différents courants ou différentes périodes. Cette approche historique reste toujours fonctionnelle. Ainsi, les hésitations de Maurice HAURIOU sont expliquées à partir de l'ancienne théorie du ministre-juge (nos 197 et s.). De même, par exemple, pour la réception de la doctrine de ROMIEU en droit belge (nos 389 et s.). L'approche comparative est également fonctionnelle. L'auteur met l'accent sur les différences – trop souvent oubliées – entre les droits français et belge et sur la réception en Belgique du droit français.

Doit également être soulignée la multidisciplinarité du présent ouvrage. Le deuxième titre est consacré à une relecture du droit administratif à partir du droit civil et judiciaire de l'exécution. Il s'agit d'une réelle démystification : le lecteur (re-)découvre le (nouveau) droit commun de l'exécution. Cette approche multidisciplinaire, regroupant deux disciplines les plus souvent perçues – à tort – comme totalement différentes et inconciliables, témoigne de la grande maturité scientifique de Monsieur NIHOUL.

Brillant technicien, l'auteur est également un juriste engagé : l'accent est mis sur la protection juridique du citoyen. Il réfute l'adage "obéir d'abord et réclamer ensuite" et il réécrit les privilèges d'une manière mieux adaptée à la protection juridique. L'exécution forcée sans l'autorisation préalable du juge doit être réservée à deux hypothèses précises, dans lesquelles soit le législateur l'a prévue et organisée, soit la force majeure ou l'urgente nécessité sont présentes. Il est indéniable que l'analyse effectuée par Marc NIHOUL changera la face du droit administratif.

Selon la plupart de mes collègues, le rôle du promoteur est délicat et, parfois, même pénible. Ma première expérience est heureusement tout autre. Ce fut un plaisir d'être le promoteur de Monsieur Marc NIHOUL. Même lors de sa défense publique, mon rôle se trouva limité à écouter les éloges prononcés par les autres membres du jury. Jamais, je pense, un promoteur n'a été plus à l'aise : le candidat était brillant et sa thèse occupera pendant plusieurs décennies une place de choix parmi les ouvrages de droit public.

Hendrik VUYE
Professeur aux F.U.N.D.P. de Namur

AVANT-PROPOS

"C'est par la multiplication de monographies (...) que le droit administratif doit manifester sa vitalité en Belgique."

C. CAMBIER¹

Le privilège est donné à l'auteur de rédiger un avant-propos. En guise de *préalable*, la coutume veut que ceux sans qui le travail fourni eût été impossible soient remerciés. *D'emblée*, une réflexion introduit au surplus le propos.

Remerciements

Seul, rien n'est possible.

Les remerciements les plus chaleureux vont sans aucune hésitation au professeur H. VUYE, promoteur de la dissertation. Ses précieux conseils n'ont eu d'égal que le souci constant de permettre l'esprit et le temps nécessaires pour la réaliser. Je suis en effet intimement convaincu que l'échec de trop nombreux doctorats tient souvent, pour une part considérable, à la direction des recherches. Simplement parce qu'être promoteur requiert avant tout une bonne dose d'altruisme. À cet égard, et malgré le risque d'une première expérience, le professeur VUYE doit être félicité. Et, à travers lui, la Faculté de droit de Namur toute entière.

La disponibilité des membres de cette faculté et leur écoute ont tout simplement été remarquables. Je pense évidemment aux enseignants, mais aussi aux scientifiques, aux secrétaires et aux bibliothécaires, sans oublier notre informaticien, Jacques GÉRARD. S'agissant des enseignants, je me limiterai à mentionner les professeurs Yves POULLET, Patrick WÉRY et Xavier THUNIS, ce dernier en particulier pour la pertinence de ses précieuses remarques concernant la forme du texte.

Les membres du jury aussi sont appelés à consacrer du temps pour apprécier la dissertation doctorale. Qu'ils trouvent dans ces quelques mots l'expression d'une gratitude à la fois sincère et chaleureuse. Qu'il me soit permis de saluer avec insistance les professeurs Robert ANDERSEN et Marc BOES.

¹ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 18, note 2. L'auteur constate auparavant que seuls les ouvrages d'ensemble se multiplient depuis la guerre, alors que l'examen de domaines importants devrait être fait par la voie de monographies au lieu de l'être par voie d'articles de revues, de notes d'arrêt ou de commentaires législatifs à l'usage des praticiens. Il poursuit en espérant que la prochaine réforme des études de droit et la création d'un doctorat à thèse y contribueront.

Enfin, il y a les proches. Sans la moindre offense, ils auraient pu (dû) être cités en premier. Combien de sacrifices ont-ils bien voulu "consentir" ! Le mot "proche" présente l'avantage de permettre à chacun de se reconnaître sans peine, avec la nuance propre à chaque relation. Il permet de moduler la chaleur nécessaire pour chaque remerciement.

Réflexion

Avec Marguerite YOURCENAR, l'on s'accommoderait "*fort mal d'un monde sans livres, mais la réalité n'est pas là, parce qu'elle n'y tient pas tout entière*"².

Appliquée à la matière administrative, la réflexion prend tout son sens avec H. BERTHÉLEMY. L'auteur recommande en effet de "se défier des constructions par trop systématiques et de ne pas oublier la complexité de la vie administrative"³.

Dans les lignes qui suivent, le souci aura été constant. Face à une réalité dense et complexe, seules des idées simples permettent l'abstraction.

La réalité commande d'abord l'humilité. Les privilèges étudiés charpentent une bonne part de l'action administrative dans laquelle ils ont des applications à la fois nombreuses et variées. Au sentiment d'impuissance et de perpétuel dépassement se mêle ainsi celui plus diffus d'être condamné d'avance à l'in-exhaustivité. Mais n'est-ce pas le propre de toute réflexion ? Et, *a fortiori*, de tout effort d'abstraction ?

La réalité impose surtout la nuance. À cet égard, l'intention aura été de ne pas sombrer dans la défense aveugle d'un intérêt au détriment d'un autre, même si oser aborder un sujet comme les privilèges revient inévitablement à prêter le flanc à la critique. Aussi sera-t-on certainement suspecté par certains de déstabiliser le pouvoir, par d'autres de pactiser avec lui⁴. Qu'à cela ne tienne, il faut garder à l'esprit que, dans nos sociétés libérales, pouvoir recourir à un moyen de contrainte est déjà un privilège en soi. Que dire alors de la dispense de suivre la procédure requise par la loi pour y être autorisé et qui assure un contrôle préalable par un juge ? Elle requiert un impératif exceptionnel d'une importance capitale, y compris dans le chef d'une collectivité !

À Valérie,
Hadrien, Guillaume et Juliette

² M. YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien*, in *Œuvres romanesques*, Paris, Gallimard, 1982, p. 303.

³ H. BERTHÉLEMY, "Défense de quelques vieux principes", in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, pp. 809 à 830. Les termes cités sont utilisés par J.-L. de CORAIL pour résumer les idées de l'auteur in *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1954, p. 10, suivi par T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 117.

⁴ Dans le même sens, eu égard au juge administratif : P. MARTENS, préface du précis de M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. VIII.

*"Le droit administratif français est riche de grands principes empreints d'une fausse clarté.
On les retrouve évoqués, au fil des générations, dans les pages des traités,
les conclusions des commissaires du gouvernement, les décisions des juridictions, les débats parlementaires.
Leur utilisation est fréquente, leur formulation nette, leur valeur incontestée.
Ils font partie d'un fonds commun que l'on ne songe guère à reconsidérer.
Pourtant, que l'on recense les solutions qui, en droit positif, s'y rattachent,
que l'on essaie d'en faire la synthèse, d'en dégager la portée.
Aussitôt, la netteté fait place à l'incertitude, la précision à la nuance.
La limpide assurance s'évanouit."*

J.-P. GILLI¹

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

a-, i-, s-, n- dr :	aménagements, italiques, soulignement, note du rédacteur ¹
add. :	ajoutez
al. :	alinéa(s)
(pr.) av. gén. :	(premier) avocat général
col. :	colonne(s)
comp. :	comparez avec
cons. :	consultez
concl. (conf. ou contr.) :	conclusions (conformes ou contraires)
dir. :	sous la direction de
éd. :	édité par ou édition, selon le cas
etc. :	<i>et caetera</i>
expl. :	explicitement
impl. :	implicitement
n ^o (s) :	numéro(s)
not. :	notamment
op. cit. :	précité
partic. :	particulièrement
p(p) :	page(s)
partic. :	particulièrement
princ. :	principalement
proc. gén. :	procureur général
rapp. :	rapprochez avec
rem. :	remarquez
resp. :	respectivement
s. :	sui vant(e)(s)
sn :	sans numéro
sp :	sans pagination
sp. :	spécialement
T. :	tome
voy. :	voyez

Le numéro des articles cités de la Constitution suit la nouvelle numérotation, soit celle de la Constitution coordonnée le 17 février 1994. Lorsqu'un texte antérieur est cité, il est mis entre parenthèses juste après l'ancien numéro.

¹ J.-P. GILLI (dir.), "Le principe de continuité", in *La continuité des services publics*, Paris, P.U.F., 1973, p. 7.

¹ Par analogie avec "ndlr", note de la rédaction.

PLAN

Table des matières
Table des abréviations

Introduction

Titre I. La nécessité d'une relecture civile et judiciaire

Titre II. La (re)définition à l'aide du droit commun de l'exécution

Conclusion

Annexe
Bibliographie

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres de la marge de droite renvoient aux pages dans le texte,
tandis que ceux de la table renvoient aux numéros).

INTRODUCTION

1

1. Premier aperçu
2. Questions
3. Des concepts longtemps ignorés
4. Des concepts clairement importés
5. Des concepts "sans histoire"
6. Des concepts à revisiter
7. Plan de la relecture

TITRE I.

LA NÉCESSITÉ D'UNE RELECTURE CIVILE ET JUDICIAIRE DES PRIVILÈGES 9

8. Introduction

CHAPITRE 1.

L'ÉTONNANTE ORIGINE FRANÇAISE DES PRIVILÈGES EN DROIT BELGE 11

9. L'objectif

Section 1. L'origine française des privilèges en droit belge 12

10. Plan

I. Entre empirisme et conceptualisme 13

11. Trois périodes en doctrine française
12. Deux périodes différées en doctrine belge

II. Une réception en deux temps 16

A. Deux générations d'auteurs 16

13. Distinction
14. Deux courants

B. Deux réceptions successives 17

1. De 1831 à 1947 : la réception d'une conception plus empirique 17

a. Le constat 17

15. Des indices et une preuve 17

II

b. L'explication	18
16. La situation au lendemain de l'indépendance	
17. L'incertitude d'une nouvelle Constitution	
18. La référence naturelle au droit français	
2. Depuis 1947 : la transposition d'une représentation plus conceptuelle	24
a. Le constat	24
19. Des indices et des preuves	
b. L'explication	26
20. La création du Conseil d'État	
21. Une nouvelle génération d'auteurs	
22. La seule explication ?	
Conclusion	29
23. L'étude incontournable des privilèges en droit français	
24. Une origine française étonnante	
Section 2. La nécessité d'une conception spécifique au droit belge	30
25. Plan	
I. Une différence structurelle évidente	31
26. La place de l'administration par rapport aux juges	
27. Une résonance constitutionnelle pour les privilèges	
A. Le privilège de juridiction exclu en droit belge	34
28. L'illusion d'optique du Conseil d'État	
1. La dualité de juridiction en France	35
29. L'arrêt "Cadot"	
30. L'arrêt "Blanco"	
31. Un partage de compétence défini par le Tribunal des conflits	
2. L'unité de juridiction en Belgique	38
32. Une unité fondamentale	
33. L'arrêt "La Flandria"	
34. Portée de l'arrêt	
3. La différence avec le droit français	42
35. L'enseignement	
36. Conséquences	
4. Une évolution	46
37. En droit français	
B. La sujétion corrélatrice au droit commun	47
1. Le lien entre juridiction et droit	47
38. Le débat	
39. Une question théorique	
40. Le lien avec les privilèges	
41. Le contenu du droit	
42. Conclusion	
2. Un droit administratif autonome en France	50
43. Le principe	
44. L'arrêt "Blanco"	
45. Commentaire	
46. Conclusion	

3. Un droit administratif d'exception en Belgique	57
47. La question	
48. L'arrêt "La Flandria"	
49. Le dispositif de l'arrêt	
50. Un rendez-vous manqué en doctrine	
a. Le faible risque de la sujétion	60
51. Un droit commun très limité	
52. Un droit essentiel pour les privilèges	
b. Le rapport tronqué entre droits administratif et privé	62
53. Une étude qui se généralise	
54. Une étude partielle	
c. Le principe de la non-sujétion en doctrine	64
55. L'arrêt "La Flandria" à l'épreuve de la doctrine	
56. Un vent de contestation	
57. Le plaidoyer de M. CORNIL	
58. La voix d'autres auteurs	
59. La doctrine avant l'arrêt	
60. La doctrine relative à l'arrêt	
61. La doctrine à l'épreuve de l'arrêt	
62. Des expressions françaises	
63. L'influence française jusque dans les sources du droit administratif	
d. Un "compromis à la belge" en pratique	81
64. L'application partielle du droit commun	
65. L'adaptation limitée du droit commun	
66. Le principe en doctrine	
67. Le procédé de la conciliation	
68. Un manque de cohérence en doctrine	
69. Un procédé légitime ?	
e. Les moyens de déroger au droit commun	88
70. La voie du législateur	
71. La voie du juge	
72. Le principe général de droit	
73. La dualité des principes généraux (critique)	
74. Les lois du service public	
75. Des principes relativement récents	
76. Une dualité constitutionnelle en France	
77. Contre un principe de continuité de valeur constitutionnelle en Belgique	
78. L'unité des principes en Belgique	
79. Conclusion	
4. La différence entre les systèmes belge et français	104
80. Une différence fondamentale	
81. La réalité de la différence	
5. Des évolutions	105
82. Des évolutions différentes	
83. Des évolutions parallèles	
84. Une évolution significative en droit belge	
a. La lente émergence de la différence	108
85. Le dogme de la double personnalité de l'État	
86. L'immunité de juridiction en Belgique	
87. Un incroyable paradoxe	

IV

88. L'arrêt "La Flandria"	
89. La longue marche tranquille du droit commun	
90. La création du Conseil d'État	
91. L'évolution du contrôle	
b. Conséquences	123
92. Une documentation lacunaire	
93. Une évolution paradoxale	
II. La portée de la différence	126
94. Une conception spécifique des privilèges	
A. Le vice structurel des privilèges	127
95. Le lien entre privilèges, juridiction et droit	
96. Le lien entre privilèges et pouvoir judiciaire	
97. Le lien entre privilèges et séparation des pouvoirs (suite)	
98. Le lien entre privilèges et droit commun	
99. Le lien entre privilèges et droit commun (suite)	
100. Le lien entre privilèges et droit commun (fin)	
B. Le vice conceptuel des privilèges	136
101. La place du droit commun dans la définition d'un privilège	
102. La place du privilège en droit français	
103. La place du privilège en droit belge	
104. Un rapport d'inégalité en doctrine	
105. Conséquence	
106. La doctrine belge sous influence	
107. Des privilèges très représentatifs du climat d'inégalité	
108. Un défi pour la sujétion au droit commun ?	
109. La place de l'acte unilatéral en droit belge	
CONCLUSION	149
110. Vers une définition spécifique fondée sur le droit commun	
111. Le point de départ	
CHAPITRE 2.	
DES PRIVILÈGES INADÉQUATS	153
112. Introduction	
113. Un exemple de formulation classique	
114. Observations	
115. L'objectif poursuivi	
Section 1. La méthode d'analyse	157
116. L'intérêt des forces de l'acte juridique	
117. Aperçu avec la décision de justice	
118. Introduction aux différentes distinctions	
I. Force obligatoire et force exécutoire	161
A. La distinction	161
119. Notions	

B. Force obligatoire et exécution volontaire	163
120. Pour une distinction	
121. Arguments	
122. Contre l'assimilation	
123. Exemple	
124. L'exécution non forcée, importante en droit public	
125. Digression	
C. Force exécutoire et exécution forcée	172
126. Pour une distinction	
127. La source de l'assimilation	
128. Le mérite de la distinction	
129. Solution	
D. L'intérêt de la distinction	177
130. Vers des concepts plus précis	
II. Force probante et force exécutoire	178
131. Notions	
132. La distinction en cas de forces particulières	
133. La source des forces particulières	
134. L'intérêt de la distinction	
Section 2. L'analyse des privilèges	182
135. Une évolution méconnue	
136. Une évolution pourtant significative	
137. Une évolution concluante	
I. La théorie de M. HAURIU	184
A. Ses caractéristiques	184
138. La première théorie sur les privilèges ?	
139. Une théorie descriptive	
140. Une théorie en mouvement	
B. Son évolution	190
141. Une évolution contrôlée	
142. Un changement dans la continuité	
1. Un élargissement des concepts	192
143. Une évolution liée à la "décision exécutoire"	
2. Le sens principal de l'évolution	194
144. La confusion des forces exécutoire et obligatoire	
a. De l'exécution forcée vers l'exécution volontaire	195
145. L'exécution forcée progressivement canalisée	
146. En 1897	
147. En 1901	
148. En 1907	
149. En 1921	
150. En 1927	
151. Constat	
152. L'exécution volontaire progressivement imposée	
153. Evolution	
154. Confirmation	
155. M. HAURIU à contre-courant	
156. M. HAURIU dans l'impasse	

157. Conclusion	206
b. De l'exécution volontaire vers la force obligatoire	
158. Une "logique de confusion"	
159. Premiers indices	
160. Une confusion latente	
161. Une confusion incarnée dans le privilège du préalable	
162. En 1901	
163. En 1907	
164. En 1907 (suite)	
165. En 1921 et 1927	
166. En 1921 et 1927 (suite)	
167. Conclusion	
168. Récapitulatif	222
3. Une évolution plus discrète	
169. La force probante entre forces obligatoire et exécutoire	
170. La force probante parmi les forces obligatoire et exécutoire	
171. La force probante et la forme exécutoire	
172. Conclusion	226
4. Les principaux enseignements	
173. Deux privilèges en vue	
174. Une évolution fatale	
175. Des "notions contentieuses"	
176. Un privilège désincarné du droit commun	
177. Un privilège tourné vers le passé	233
II. La représentation plus empirique "des privilèges"	
178. Le contexte historique	
179. L'exécution provisoire	235
A. L'exécution administrative en droit belge avant 1920	
180. Un contexte favorable au privilège	
181. Le prisme de la responsabilité	
182. Un exemple en matière d'impôts	
183. L'étendue de l'immunité	
184. La portée de l'immunité	
185. Un exemple en droit des étrangers	
186. Un précédent	
187. Confirmation en doctrine	
188. Bémol en pratique	
189. Conclusion	247
B. Les représentations des privilèges	
190. Introduction	
191. Les expressions rencontrées	
192. Des développements liés au caractère exécutoire de l'acte administratif	
193. En doctrine française	
194. En doctrine belge	
195. Premières confusions	
196. L'absence de comparaison avec le droit commun	256
C. La théorie du ministre-juge	
197. Présentation	
198. Une théorie propre à l'époque	
199. Une théorie philosophique	
200. Une théorie en vigueur en droit belge	

201. En jurisprudence	
202. En doctrine	
203. Une théorie de droit français	
204. Une théorie soudainement controversée	
205. Le poids de la théorie sur le sursis à exécution	
206. Un lien vite amorcé	
D. Les principaux enseignements	267
207. Les prémices d'un privilège	
208. L'oubli des racines du privilège	
209. Un glissement dans les comparaisons	
210. Transition	
III. La formulation plus conceptuelle "des privilèges"	271
211. Deux périodes	
A. L'essor du privilège (de 1887 à 1940)	272
212. L'exécution provisoire	
1. Le contexte	274
213. L'hégémonie du Conseil d'État	
214. Une occasion donnée	
215. Des contestations en justice	
216. L'affaire "Immobilière de Saint-Just"	
217. Un arrêt de principe	
218. Des réactions en doctrine	
219. Appréciation	
2. L'analyse des formulations	282
220. Aperçu	
221. Les expressions rencontrées	
222. Le noyau dur de l'exécution forcée	
223. Des confusions	
224. L'absence de comparaison avec le droit commun en matière d'exécution	
225. Le point de vue de G. JÈZE	
226. Le point de vue de L. DUGUIT	
227. Autres points de vue	
B. La crise du privilège (de 1945 à nos jours)	292
228. Le contexte	
229. L'émergence de deux privilèges	
230. Le temps venu d'une analyse plus approfondie	
1. L'évolution du contenu	295
231. Introduction	
232. Un consensus apparent	
233. La tendance	
234. Des dérives	
235. Le rôle de la décision exécutoire	
236. Son impact en doctrine	
237. L'influence du passé	
238. L'absence d'un réel consensus	
239. Une incohérence terminologique	
240. Une inconstance dans le contenu	
241. Un constat identique en jurisprudence	
242. La nécessité d'une méthode	

VIII

2. L'analyse du contenu	310
243. Introduction	
a. La force exécutoire	311
aa. L'élément central	311
244. Le contexte étonnant	
245. L'exécution forcée sans l'autorisation préalable du juge	
246. L'absence d'une réelle comparaison avec le droit commun	
247. Un privilège souvent démesuré	
248. Un privilège à l'image du contentieux	
249. Un privilège aujourd'hui dépassé	
ab. Les autres éléments	320
250. Des éléments perturbateurs	
251. L'enjeu	
aba. "Obéir d'abord, quitte à réclamer ensuite"	321
252. L'adage	
253. Sa valeur historique	
254. Pour son abandon	
abb. L'intervention du juge <i>a posteriori</i>	325
255. Un substitut de l'adage	
abc. L'exécution à ses risques et périls	326
256. Le principe	
257. Ses origines	
258. Un principe de droit commun	
abd. Quatre institutions relatives au contrôle	329
259. Quatre institutions liées entre elles	
260. L'absence d'effet suspensif des recours	
261. La force concernée	
262. Un intérêt limité pour le privilège	
263. L'absence d'un privilège à cet endroit	
264. Les trois autres institutions	
265. Leur caractère spécifique en droit belge	
266. Leur caractère irrelevante en droit belge	
267. La voie de fait	
268. Sa portée en droit belge	
269. Une notion inutile en droit belge	
270. Une notion inutile pour le privilège	
271. Le sursis à exécution et la suspension	
272. La force concernée	
273. Une notion indépendante du privilège	
274. Conséquence	
275. La voie de fait en droit français	
276. La suspension en droit français	
277. La résistance légitime aux actes illégaux	
ac. Les principaux enseignements	359
278. La nécessité d'un tri	
279. Les racines des privilèges	
b. La force probante	362
280. Introduction	
281. Les éléments concernés	
282. Un privilège fait de présomption	
283. Des éléments à démêler	

284. Le lien factice entre la présomption et le privilège	
285. Un lien historique	
286. Une présomption partagée en droit commun	
287. L'authenticité de l'acte administratif	
288. La portée limitée de l'authenticité	
289. Conséquence en droit administratif	
290. L'autorité de (la) chose décidée	
291. Le renversement de la charge de la preuve et/ou de l'action	
292. Une simple conséquence	
293. Sa portée sur la preuve	
294. Sa portée sur l'action	
295. Deux écueils à éviter	
296. Comparaison	
297. Les principaux enseignements	
c. La force obligatoire	387
298. Introduction	
299. Un privilège en soi	
300. Le lien "pratique" entre l'acte unilatéral et le privilège	
301. L'absence d'un lien déterminant	
302. Des amalgames à éviter	
303. De réels écueils	
304. La constatation juridictionnelle d'un droit	
305. Le préalable de la contestation	
306. Une confusion parallèle	
307. Une confusion comparable	
<i>Section 3. Les résultats de l'analyse</i>	404
I. Le diagnostic	404
308. Des privilèges inadéquats	
309. Raisons	
310. Une séparation "en mauvais termes"	
311. Un catalogue de privilèges	
II. Le remède	409
312. Un recentrage	
313. La rectification du nom	
314. Des arguments en faveur du préalable	
315. Des changements de nom collatéraux	
316. La souplesse de la locution "d'office"	
317. Une expression à réserver	
III. Une hypothèse de travail	415
318. L'occasion d'innover	
319. L'utilité de deux privilèges	
320. Une simple hypothèse	
321. L'exécution forcée d'office	

TITRE II	
LA (RE)DÉFINITION DES PRIVILÈGES	
À L'AIDE DU DROIT COMMUN DE L'EXÉCUTION	421
322. Introduction	
 CHAPITRE 1.	
LE SYSTÈME ACTUEL DE L'EXÉCUTION FORCÉE ADMINISTRATIVE	425
323. Plan	
 <i>Section 1. Un système jurisprudentiel</i>	425
324. La doctrine guidée par la jurisprudence	
325. Des indices	
 <i>Section 2. Le contenu du système</i>	428
326. Son objet	
 I. Le système de M. ROMIEU	429
327. Un principe	
328. Trois tempéraments	
329. L'exécution d'office au sens strict	
330. Quatre conditions	
331. Première condition	
332. Deuxième condition	
333. Troisième condition	
334. Quatrième condition	
335. Les sanctions	
II. Les aménagements du système	436
A. Aperçu	436
336. Un système confirmé et approfondi	
337. Un système gonflé artificiellement	
338. Un système présenté différemment	
B. Les contours	440
339. Le principe	
340. Les tempéraments	
1. L'existence d'une loi	442
341. L'hypothèse	
342. L'importance d'une loi	
343. La liberté du législateur	
2. L'existence d'une sanction	446
344. L'hypothèse	
345. Son lien avec l'hypothèse précédente	
346. Le choix entre payer ou obéir	
347. L'éventualité d'une sanction générale	
3. L'urgence	453
348. L'hypothèse	
349. La nature de l'urgence	
350. Le risque de l'urgence	
351. La portée de l'urgence	

4. L'exécution d'office au sens strict	460
352. L'hypothèse	
353. Une hypothèse de circonstance	
354. Une première jurisprudence	
355. Un revirement avec l'arrêt "Dumont"	
356. Première condition	
357. Deuxième condition	
358. Troisième condition	
359. Quatrième condition	
360. Une condition générique	
361. Les sanctions	
362. <i>Statu quo</i> en cas de propriété	
 <i>Section 3. L'analyse du système</i>	476
363. L'objectif	
364. Deux observations	
 I. Le prisme de l'exécution forcée	478
365. Une hypothèse très limitée	
366. Le critère de l'obligation	
367. Le critère de l'acte positif	
368. Le critère de l'administré	
369. Le critère de la résistance	
 II. Le socle des obligations non pécuniaires	484
370. L'hypothèse de départ	
371. Une extension logique	
372. Une place limitée	
 III. Une exécution forcée étendue	486
373. Une notion fuyante et complexe	
374. Un exemple de complexité	
375. Analyse	
376. Contre-analyse	
377. Évaluation	
378. Le critère de la force matérielle	
379. La disposition de la force publique	
380. L'exécution forcée et l'exécution par substitution	
381. Le lien entre obligation et sanction	
382. Toute exécution forcée se réalise par substitution	
383. L'exécution forcée et l'exécution d'office	
384. L'objet de la distinction	
385. Des expressions diverses pour une exécution multiforme	
386. Une importante résonance pratique	
387. L'exécution forcée n'est pas la panacée	
388. Transition	

XII

Section 4. La réception du système en droit belge

389. Plan

I. Des principes incompatibles avec le système belge

390. Introduction

391. Contre l'exécution d'office au sens strict

392. L'alternative est judiciaire

393. Y compris en cas d'urgence

394. Mise au point

395. Le paradoxe du système français lié à l'absence de sanction judiciaire

396. Un réel paradoxe en présence d'un ordre juridictionnel administratif

397. L'obligation d'exécuter d'office

398. La différence du droit belge

399. Une exigence constitutionnelle

400. Ses conséquences sur le système

II. Une réalité contraire aux principes ?

401. Introduction

A. En doctrine

402. Une doctrine globalement favorable au privilège

403. Avant P. WIGNY

404. Nuances

405. Avec P. WIGNY

406. Le ton est donné

407. Paradoxes

408. Un paradoxe en particulier

409. Le courant majoritaire réceptif au droit français

410. Des conditions floues

411. Payer ou obéir

412. Un courant minoritaire

413. L'opinion d'A. VANDER STICHELE

414. L'opinion d'A. VANWELKENHUYZEN

415. Critique du fondement surtout idéologique donné au privilège

416. Un fondement constitutionnel défaillant

417. Conclusion

B. En jurisprudence

418. Un état de carence annoncé

419. Confirmation en pratique

420. L'arrêt "Belgaffiche" du 20 janvier 1994

421. Les faits

422. Le raisonnement de la cour d'appel

423. Le débat en cassation

424. L'arrêt

425. Premier commentaire

426. Second commentaire

427. Second commentaire (suite)

428. Interprétation

429. Conclusion

C. En législation

430. L'importance de la loi

431. Une exigence de la Constitution en matière d'exécution

432. Une impression contraire donnée en doctrine

433. L'évolution de la délégation en jurisprudence

434. Sujétion et délégation de pouvoirs

1. La nécessité d'une loi vérifiée en pratique

435. Les arrêtés relatifs à la lutte contre les végétaux et animaux nuisibles

436. Les arrêtés relatifs à la fièvre aphteuse

437. Un arrêté relatif aux ouvrages établis sur les fossés des routes

438. Le règlement général pour la protection du travail

439. L'arrêté relatif à l'assainissement des sites charbonniers désaffectés

440. Le règlement général de police sur les mines, minières et carrières souterraines

441. La réglementation générale sur la police de la circulation routière

442. Le règlement général des voies navigables

443. Le règlement général de police des cours d'eau non navigables

444. En matière pécuniaire

445. Confirmation en jurisprudence de la nécessité d'une loi : l'affaire "Pittacos"

446. Les faits

447. L'arrêt du Conseil d'État

448. Appréciation

449. Conclusion

2. La diversité des lois

450. Des textes généraux et des textes particuliers

451. La police communale

452. La police provinciale

453. La police fédérale

454. La police de la circulation routière

455. La police des chemins de fer

456. La police des routes

457. Les statistiques publiques

458. La conservation des monuments et sites

459. La police des digues

460. La police des polders et des waterings

461. L'inspection du travail

462. La police sanitaire

463. Les réquisitions

464. La fonction de police *sensu stricto*

465. Le droit rural

466. La distribution d'énergie électrique

467. La réglementation économique et les prix

468. La police des étrangers

469. La police de l'environnement

3. Essai de synthèse

470. Un ensemble de privilèges

471. Des privilèges légaux

472. Des privilèges précis

473. L'utilité d'une formule

474. Un souci absent en doctrine

475. Proposition d'une formule

476. Une formule souple

505

505

518

519

539

550

535

569

585

III. De l'urgence à "l'urgente nécessité"	592
477. La question de l'urgence en matière d'exécution	
478. L'absence de jurisprudence belge consacrant sa valeur dérogatoire	
479. La probabilité d'une telle jurisprudence	
480. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1953	
481. Les faits	
482. Le raisonnement de la Cour	
483. La combinaison de l'urgence avec d'autres critères	
484. "L'urgente nécessité"	
485. Du "sur-mesure" en matière d'exécution d'office	
486. Conséquence pratique	
487. Le souci de proportionnalité	
488. L'absence d'un principe général de l'urgence en matière administrative	
489. La dangereuse élasticité de l'urgence	
490. Le spectre du principe général pour les besoins de la cause en doctrine	
491. La force majeure	
492. Un principe général de la force majeure en droit public	
493. L'importance de la continuité du pouvoir judiciaire	
494. Le mirage de la continuité du service public	
495. Application en ce qui concerne les privilèges	
 CHAPITRE 2.	
LES ÉLÉMENTS D'UN "NOUVEAU" SYSTÈME	617
496. Plan	
 Section 1. Un système proche du droit commun	618
I. Le principe	618
497. Un principe commun	
498. Un principe de droit administratif	
499. Un principe de droit français	
500. Le point de vue contrasté de J. BARTHÉLEMY	
501. Un principe de droit commun	
II. Les hypothèses et les conditions	626
502. Des éléments communs	
503. L'urgence	
504. L'urgence "améliorée"	
505. L'existence ou non d'une autre voie de droit	
506. Les conditions	
507. Les conditions (suite)	
508. Les conditions (fin)	
509. L'absence de sanction pénale	
510. Transition	

Section 2. Un système de droit commun	634
I. Le droit commun applicable	634
511. L'objectif	
512. Plan	
A. La discrimination entre obligations pécuniaires et non pécuniaires	635
513. Une discrimination de droit commun	
514. Une discrimination ancienne	
515. Conséquences	
B. Le principe d'une application conciliante	638
516. L'article 2 du Code judiciaire	
517. Le risque de l'incompatibilité	
518. La manie de l'incompatibilité	
519. Un exemple type : A. KOHL	
520. Le rapport au Régent	
521. L'article 1er du Code judiciaire	
522. Les références expresses au Code judiciaire	
523. L'épisode de l'astreinte	
524. L'importance de l'article 2 du Code judiciaire	
525. Conclusion	
II. Les règles communes applicables	649
A. Une étonnante incertitude en matière non pécuniaire	649
526. Une lacune du droit privé	
527. Vers une réforme ?	
528. Conséquences	
529. L'enjeu demeure	
530. Des règles générales applicables	
531. Des règles liées à l'ordre public	
532. Les termes et délais	
533. La signification préalable à saisie	
534. La mise en demeure	
535. La compétence du juge des saisies et l'interdiction d'exécuter la nuit	
536. L'autorisation préalable du juge	
537. L'article 1144 du Code civil	
538. L'article 1386 du Code judiciaire	
539. Les frais de l'exécution	
540. Précisions	
541. Applications en jurisprudence	
542. Complément	
543. L'intervention de l'huissier de justice	
544. Le rôle de l'huissier en matière administrative	
545. La dispense du concours de l'huissier : un privilège ?	
546. Conclusion	
B. Une étonnante compatibilité des droits privé et administratif en matière pécuniaire	671
547. Une réglementation détaillée	
548. Y compris et surtout en matière fiscale	
549. Une doctrine décevante	
550. Les limites de la comparaison	

1. En matière fiscale	674
551. Un constat surprenant	
552. Les limites du constat	
553. L'efficacité limitée du titre exécutoire fiscal	
554. Le renvoi aux règles judiciaires de l'exécution forcée	
555. Vérification	
556. Conclusion	
2. En matière sociale	682
557. La contrainte	
558. La récupération d'office des prestations sociales	
559. La nature controversée du mécanisme	
560. Entre saisie et compensation	
561. L'ambiguïté des termes d'office	
562. Vers une loi interprétative ?	
563. Le mythe de l'auto-suffisance du titre exécutoire	
564. Des conditions communes à la saisie et à la compensation	
565. Le critère du concours	
566. Des indices complémentaires en faveur de la compensation	
567. Des privilèges en doctrine et en jurisprudence	
568. Conclusion	
Section 3. Un système cohérent	694
569. Plan de l'évaluation	
I. L'identification d'un privilège	695
570. Le point de départ	
571. La source de l'hypothèse de travail	
572. Le résultat : un privilège unique	
573. Une conclusion positive	
574. Un paradoxe sous-jacent	
575. Le paradoxe chez G. de LEVAL	
576. Le paradoxe chez G. de LEVAL (suite)	
577. Tentative d'explication	
578. Un privilège commun aux obligations pécuniaires et non pécuniaires	
579. L'exception de l'urgente nécessité	
580. Conclusion	
581. Définition	
II. Un droit administratif de l'exécution parfaitement intégré	703
A. La cohérence générale d'un système intégré	703
582. Une cohérence globale	
583. Jusque dans les lacunes du droit privé	
584. Une réunion	
B. Les cohérences particulières	706
1. Une cohérence normative	706
a. Une cohérence constitutionnelle et légale	706
585. À travers deux institutions	
586. Le principe de spécialité	
587. Pour une plus grande sécurité juridique	
588. Les principes d'égalité et de non-discrimination	

589. Pour un privilège proportionné	
590. Au-delà du privilège	
591. Vers moins de spécificité	
592. Un "privilège de droit commun"	
593. Le privilège en droit privé (en matière non pécuniaire)	
594. Le privilège en droit privé (en matière pécuniaire)	
595. Le privilège en droit public	
596. Conseils	
b. Une cohérence jurisprudentielle	720
597. Le rôle commun de l'urgente nécessité	
598. Le rôle commun du juge	
2. Une cohérence théorique et pratique	722
599. Le propos	
a. L'identification des privilèges	722
600. En faveur du "privilège du préalable"	
601. Un large écho en droit positif	
602. L'exécution d'office en droit privé	
603. L'exécution d'office dans le futur	
604. L'exécution d'office initiale	
b. La formule exécutoire	727
605. Confirmations	
606. Le bien-fondé de l'interprétation conciliante	
607. Une interprétation différente en doctrine administrative	
608. Une conception iusnaturaliste	
609. Vers une "formule" plus actuelle ?	
610. Pour une conception legaliste	
611. Une formalité imposable par la loi	
612. Une formalité parfois imposée par la loi ?	
CONCLUSION	737
613. La trame du raisonnement	
614. Le point de départ	
615. Première étape	
616. Deuxième étape	
617. Troisième étape	
618. Quatrième étape	
619. Cinquième étape	
620. Les principaux résultats	
621. Envoi	
ANNEXE	749
BIBLIOGRAPHIE	753

INTRODUCTION

*"Travailler un concept,
c'est en faire varier l'extension et la compréhension,
le généraliser par l'incorporation des traits d'exception,
l'exporter hors de sa région d'origine,
le prendre comme modèle ou inversement lui chercher un modèle,
bref lui conférer progressivement, par des transformations réglées, la fonction d'une norme."*

G. CANGUILHEM¹

1. Premier aperçu. Les privilèges² du préalable et de l'exécution d'office font partie de ces rares concepts juridiques dont la représentation collective attribue l'origine à des temps immémoriaux, alors qu'ils sont en fin de compte assez récents. De prime abord, l'administrativiste est convaincu d'avoir affaire à de véritables fossiles juridiques. Pourtant, en droit belge, P. WIGNY³ est le premier auteur à se référer expressément à la notion de privilège du préalable dans un précis de droit administratif. C'était en 1947 ...

Aujourd'hui, les concepts sont cependant bien ancrés dans l'esprit des juristes. En vertu des deux privilèges, le citoyen confronté à l'action administrative serait tenu "d'obéir d'abord et de réclamer ensuite". L'adage résume à quelques nuances près la conception la plus répandue à leur égard. Le privilège du préalable vaudrait à l'administration la faculté de lier unilatéralement les tiers. Il vaudrait à l'acte administratif une présomption de vérité légale apparemment irrésistible. Une présomption d'autant plus inéluctable qu'en cas de résistance, le privilège de l'exécution d'office autoriserait l'administration compétente à recourir à la force publique sans l'autorisation préalable d'un juge.

¹ G. CANGUILHEM, cité in *Généalogie des sciences*, Cahiers pour l'Analyse, n° 9, Paris, Le Seuil, 1968 et par G. HAARSCHER, "Droit et pouvoir : quelques réflexions", in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Faculté de droit de l'U.L.B., 1985, p. 267, note 6.

² *Brevitatis causa*, les deux prérogatives sont parfois qualifiées de privilèges sans autre précision dans les pages qui suivent. Le cas échéant, il ne faut pas assimiler l'expression à l'ensemble des privilèges de l'État, sauf mention expresse dans ce sens.

³ P. WIGNY, *Principes généraux du droit administratif belge*, Bruxelles, Bruylant et De Visscher, 1947, n° 65, p. 83. Des expressions s'en rapprochant circulaient auparavant, telles le privilège de l'exécution préalable (P. ERRERA, *Traité de droit public belge. Droit constitutionnel - droit administratif*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, p. 278, § 180) ou plus simplement "l'exécution d'office" (O. ORBAN, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Dewit, 1909, n° 5, p. 12, note 2) en lieu et place de l'expression la plus répandue à l'époque : "l'exécution parée".

Un extrait du précis de P. WIGNY permet de bien se représenter ces idées généralement formulées dans les précis de droit administratif belge, y compris dans les plus récents.

"209. La décision exécutoire est un acte administratif unilatéral qui comporte une décision entraînant des effets de droit et qui est directement exécutoire, même en cas de contestation et de résistance. C'est l'acte le plus caractéristique du Droit administratif.
(...)

210. La décision exécutoire se caractérise par deux privilèges.

Privilège de l'exécution d'office : L'Administration rencontrant une résistance chez le sujet passif de son droit, ne doit pas obtenir d'un juge (ou d'un notaire) un titre exécutoire. Elle peut exécuter immédiatement et, au besoin, requérir la force publique. Les services publics ne peuvent être arrêtés; l'ordre de l'autorité doit être obéi.

(...)

Il peut d'abord être prévu par un texte formel. (...)

À défaut de texte, l'exécution d'office sera aussi admise moyennant diverses conditions. (...)

Privilège du préalable : Les particuliers ne peuvent se faire justice. Il faut attendre que le juge ait dit le droit. Au contraire, une contestation n'arrêtera pas l'activité des services publics : il faut obéir d'abord et réclamer ensuite. (...) Privilège essentiel puisque à cause de lui le particulier qui se prétend lésé sera demandeur - c'est-à-dire aura la charge de la preuve - et puisque très souvent son assignation ne suspend pas l'exécution"⁴.

2. Questions. Les privilèges sont avant tout des concepts doctrinaux. On les rencontre d'ailleurs rarement en jurisprudence. Leur importance pratique n'en est pas moins considérable. Car ils sont appelés à guider tous les acteurs de la vie administrative au quotidien, qu'il s'agisse du fonctionnaire, du juge, du décideur politique, et même de l'administré. Les privilèges balisent les limites de l'action administrative.

On peut dès lors s'étonner que tout semble permis aux autorités administratives en vertu des privilèges et que cela soit considéré comme une évidence. Deux questions, en particulier, méritent d'être posées. Les concepts traduisent-ils bien la réalité ? Le cas échéant, quel en est le fondement juridique ? Quelles sont les règles générales et abstraites qui permettent une telle assurance ?

En droit belge, l'évocation des référés judiciaire et administratif suffit à établir le caractère suranné des privilèges évoqués. Le contraste est saisissant. Aujourd'hui, une contestation peut manifestement conduire à arrêter l'activité des services publics.

Quant au fondement légal, il est quasi inexistant. Seules quelques règles organisent le contentieux administratif de manière spécifique, pour l'essentiel devant le Conseil d'État. Or, à

⁴ P. WIGNY, *Droit administratif (Principes généraux)*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n^{os} 209 et 210, pp. 159 à 161. Un détour par le n^o 129 permet de découvrir un extrait tout aussi représentatif, cette fois tiré du précis d'A. BUTTGEBACH. Chez les autres auteurs, la présentation n'est pas toujours aussi homogène.

l'inverse de ce que les privilèges laissent imaginer, ces règles aménagent la suspension de l'exécution des actes administratifs ou encore le caractère inquisitoire de la procédure. Aucune disposition légale n'établit le principe d'une présomption générale de légalité ni n'autorise le recours immédiat à l'exécution forcée, pas même à certaines conditions.

Bref, il s'agit d'étudier de près les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Il s'agit surtout d'en identifier les origines.

3. Des concepts longtemps ignorés. La consultation des principaux auteurs permet de confirmer le caractère récent des privilèges en droit belge. Apparemment, ils semblent avoir été longtemps ignorés.

P. WIGNY, en particulier, s'attelle en 1947 à donner quelques indications concernant le privilège du préalable. Mais il conclut rapidement qu'elles "sont insuffisantes pour établir une doctrine du privilège et de ses exceptions. Ce serait d'ailleurs une œuvre quasi impossible dans l'état actuel de notre doctrine et de notre jurisprudence"⁵.

Jusqu'en 1966, on peut lire chez A. MAST, notamment⁶, que l' "On ne peut, en droit belge, exprimer à ce sujet que des vues doctrinales plutôt théoriques car il n'est, que je sache, aucune décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'État qui se soit prononcée sur la question vue dans son ensemble et les solutions jurisprudentielles et doctrinales françaises ne peuvent être reprises telles quelles en droit belge"⁷.

À l'heure actuelle, il n'existe aucune monographie entièrement consacrée au sujet en droit belge. Seuls deux articles - tout au plus - méritent d'être épinglés⁸.

⁵ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n^o 65, p. 84. Il faut préciser que le Conseil d'État vient d'être créé et que l'auteur place beaucoup d'espoir dans l'institution. Voy. not. l'introduction : n^{os} 1 et 2, pp. 7 et 8.

⁶ Entre-temps, par exemple en 1954, on peut lire chez A. BUTTGEBACH que la question des privilèges " - comme d'ailleurs la théorie des actes administratifs en général, - a été peu étudiée en Belgique et qu'elle reste encore, dans une très large mesure, à élaborer" (*Manuel de droit administratif*, 1^{re} partie, Principes généraux. Organisation et moyens d'action des administrations publiques, Bruxelles, Larcier, 1954, p. 261). L'auteur ne réfère à cette date qu'au dictionnaire de GIRON ("Exécution des actes de l'Administration publique", n^o 3), au cours de L. MOUREAU (p. 143) et au précis de P. WIGNY (p. 83). Dans la troisième version de son précis, l'auteur préfère se référer explicitement au droit français, mais tout en émettant une réserve, à savoir celle d'une étude approfondie de la jurisprudence belge (A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 1^{re} partie, Théorie générale du droit administratif belge, 3^e éd., 1966, n^o 377, p. 346). En 1969, A. VANWELKENHUYZEN poursuit avec la même réserve : "La jurisprudence belge paraît jusqu'à présent ne pas avoir été saisie de ce problème", in "La règle ... et ses limites en droit (public) belge", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, p. 324.

⁷ A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1966, n^o 9, p. 7. Et l'auteur d'ajouter que les observations qui suivent sont faites sous cette réserve. L'auteur s'est manifestement inspiré de l'article d'A. VANDER STICHELE largement cité dans la présente étude. Il est étonnant que ce passage ait été retiré de la version post-mortem du précis, malgré qu'aucune jurisprudence n'y soit citée. Cela n'est plus vrai depuis 1996, car un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994 - commenté plus loin, n^{os} 420 et s. - est désormais renseigné.

⁸ A. VANDER STICHELE, "Executoire bestuurlijke beslissing", *R.W.*, 1961, col. 1745 à 1756; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 315 à 336.

4. Des concepts clairement importés. La relative indifférence des auteurs belges s'explique vraisemblablement par le fait que les privilèges ont été importés du droit français. Le phénomène n'est pas surprenant en droit administratif. L'influence française s'étend à bien d'autres théories liées à l'action administrative. Son intensité est toutefois étonnante en ce qui concerne les privilèges. Ils semblent avoir été importés sans aucune mise en question ni aucune adaptation à un système juridique pourtant fort différent. Du jour au lendemain, en quelque sorte, les auteurs ont reconnu l'application directe en droit belge du droit français des privilèges.

Aujourd'hui, il convient d'apprécier l'opportunité de cette transposition pure et simple. D'autant que la question est encore d'actualité en jurisprudence. À ce jour, en effet, la Cour de cassation et le Conseil d'État n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer clairement sur le sujet. Seule la Cour de cassation aurait récemment "appréhendé"⁹ le privilège de l'exécution d'office, apparemment donc pour la première fois en droit belge, dans un arrêt du 20 janvier 1994.

Or, l'influence de la doctrine est directement perceptible dans les conclusions du Ministère public qui précèdent l'arrêt¹⁰. Ce dernier se réfère pour l'essentiel à la doctrine belge classique. Mais comme celle-ci s'est pratiquement contentée d'emprunter les privilèges au droit français, on comprend l'enjeu de la question. Il est de susciter un regard différent dans un prochain cas d'espèce, un regard inspiré du droit belge et conçu pour ce dernier. Il peut être d'une importance capitale pour le particulier, dont les libertés et les droits sont directement concernés.

5. Des concepts "sans histoire". L'origine française des privilèges ne préjuge en rien de leur ancienneté en droit français. Certes, elle y est plus grande qu'en droit belge. Mais elle ne dépasse guère le début du vingtième siècle. M. HAURIU - le "spécialiste en la matière", selon P. WIGNY¹¹ - soulignait en 1901 que "Le privilège du préalable aurait grand besoin d'être étudié d'une manière complète et minutieuse"¹².

⁹ A.-M. STRANART et P. GOFFAUX, "L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire", *J.T.*, 1995, pp. 437 à 447. Selon les auteurs, les privilèges de l'administration, ces notions classiques et fondamentales du droit administratif, seraient décidément malmenés ces derniers temps. En ce qui concerne le privilège de l'exécution d'office ou forcée, les auteurs indiquent fort prudemment qu'il "a été récemment appréhendé par la Cour de cassation en des termes qui paraissent assez restrictifs" (p. 437). Faut-il y voir la confirmation selon laquelle la Cour de cassation n'avait jamais appréhendé le privilège auparavant ? M.-A. FLAMME indique, en ce qui concerne la jurisprudence belge, qu'elle ne se serait jamais prononcée formellement (*Droit administratif*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1989, n° 9, p. 19). *Add.*, en 1997 (pourant), I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gent, Mys & Breesch, 1997, n° 90, p. 35. Sur la question, voy. *infra*, n° 420 et s.

¹⁰ Elles ont été publiées en extrait sous forme d'observations dans une autre revue que la *Pasirisie*, in *Ent. dr.*, 1995, pp. 96 à 98. L'arrêt est étudié plus loin (n° 420 et s.). Il faut préciser que la note sous l'arrêt publié dans la *Pas.*, 1994, I, 75, renvoie également à la doctrine belge (CAMBIER, DEMBOUR, MAST) et que les conclusions sont présentées comme étant conformes (!).

¹¹ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65, p. 83.

¹² M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^e éd., Paris, Larose (Sirey), 1901, p. 250, note 1. À l'époque, l'expression servait à qualifier ce que l'auteur appellera plus tard le privilège de l'action (l'exécution) d'office. En 1945, le constat de R. CHINOT n'est guère plus encourageant : la complexité profonde du problème "aurait justifié une étude plus approfondie du prétendu privilège d'exécution d'office, et il semble pourtant que notre matière n'ait pas bénéficié de toute l'attention qu'elle méritait" (*Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, Paris, Laverne, 1945, p. 29).

Apparemment, un seul article existait alors sur la question en doctrine française¹³.

Pourtant, les privilèges sont généralement présentés en doctrine comme étant intemporels. À vrai dire, leur histoire est le plus souvent ignorée. Néanmoins, une telle attitude renforce leur autorité et le sentiment d'évidence à leur égard. La plupart du temps, les privilèges sont d'ailleurs formulés de manière à entretenir dans les esprits l'idée persistante d'une toute-puissance de l'État pourtant surannée. Le risque est évidemment grand de voir cette idée triompher en pratique. Il est d'autant plus grand que les privilèges sont réputés opérer à la base de toute action administrative.

La *décision exécutoire* est en effet le nom donné par de nombreux auteurs à l'acte administratif *unilatéral* pour désigner deux autres 'privilèges' fondamentaux, deux propriétés prêtées à l'action administrative dans son ensemble. À croire plusieurs d'entre eux, il s'agirait de l'acte le plus caractéristique du droit administratif¹⁴, ce que le contrat est au droit civil¹⁵.

6. Des concepts à revisiter. La relecture à laquelle invite le présent ouvrage vise à mieux cerner les privilèges, leur réalité et leurs limites en droit belge. À cette fin, deux approches complémentaires sont préconisées au vu des éléments qui précèdent. Une approche historique et une approche de droit comparé.

Pourtant, le titre complet évoque seulement une relecture civile et judiciaire des privilèges, à l'aide du droit commun de l'exécution.

En réalité, la relecture civile et judiciaire est commandée par les deux premières approches. Dans les pages qui suivent, en effet, ces approches conduiront à préconiser une plus grande emprise du droit commun en matière administrative. Cette emprise est précisément dictée par le système belge, dans toute sa spécificité historique par rapport au droit français. Avec pour conséquence plus générale la mise en cause de l'autonomie du droit administratif belge par rapport au droit privé, malgré qu'elle soit généralement soutenue en doctrine.

¹³ Il s'agirait de BOUCHENÉ-LEFER, "La sollicitation d'action", *Revue pratique de droit français*, 1864, p. 433. À la page indiquée de la revue concernée figure effectivement un article de l'auteur qui évoque la sollicitation, mais dont le titre est "De la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives, - ou du contentieux et du non-contentieux administratif. Distinction entre les demandes et les réclamations ou les recours vis à vis de l'État, des départements, des communes ou des établissements publics", pp. 433 à 467. L'article comporte une suite publiée aux pp. 145 à 183 de la même revue, l'année suivante.

¹⁴ En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1745 (au même endroit, l'auteur utilise également l'expression "een van de meest essentiële begrippen van het bestuurlijk recht"); P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 209, p. 159. Ce dernier, not. cité par A. VANDER STICHELE, écrivait déjà ces termes en 1953 in *Droit administratif*, 1953, n° 209, p. 170. Rem. en droit français P. COUZINET, préface à C. LAVIALLE, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. I : "la notion sans doute la plus importante parce que la plus caractéristique du droit administratif (...) qui n'a pas son équivalent dans les relations de particulier à particulier".

¹⁵ L. MOUREAU, *Cours de droit administratif*, Liège, Desoer, 1946, p. 143, n° 165; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1745; A. BUTTENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, première partie, n° 376, p. 343; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Faculté de droit et de sciences de Liège, 1978, n° 193, p. 265.

Avec le recul, la relecture fondée sur le droit commun convient parfaitement en matière de privilège. Elle est même essentielle dans ce cadre. Elle est liée à la définition même du privilège. Il doit s'agir en effet d'une dérogation avantageuse par rapport à la loi commune. Ce qui suppose évidemment une comparaison préalable entre les droits privé et administratif, en ce qui concerne la matière considérée.

L'approche de "droit comparé interne" s'imposait donc d'un double point de vue. Elle est la clé de lecture qui permet de mieux comprendre les privilèges, de mieux les appréhender. Elle doit permettre de dépasser l'impression de toute-puissance suscitée par leur dispersion et leur imprécision. Car les privilèges fusent tous azimuts, en ordre dispersé. Ils touchent à la fois au caractère unilatéral de l'acte, à la présomption de légalité dont il serait revêtu et à son caractère exécutoire prétendu, le tout au sein de mêmes concepts.

Pourtant, les trois aspects de l'acte administratif méritent chacun une attention particulière et une confrontation rigoureuse avec le droit commun. Leur interdépendance aussi doit être étudiée, de façon à vérifier l'existence éventuelle d'un ou de plusieurs privilèges mieux déterminés. Cette manière de procéder est coutumière en droit privé, ce qui facilite la comparaison et lui procure une authenticité particulière. Elle permet l'analyse des privilèges à partir des trois forces classiquement distinguées au sein de l'acte juridique : les forces obligatoire, exécutoire et probante. Avec en perspective la réduction naturelle des privilèges et leur (re)définition sur des bases plus adéquates.

7. Plan de la relecture. Ainsi, deux écueils doivent être évités au moment d'appréhender les privilèges en droit belge. Ils sont liés entre eux. Une référence aveugle au droit français, d'une part, et, d'autre part, une conception désincarnée du droit commun, comme on la trouve en France, précisément.

Telles sont les deux lignes de force de la démonstration. Elles charpentent la (re)définition des privilèges du préalable et de l'exécution d'office, selon deux perspectives déterminées : une étude de droit belge, certes, mais non dépourvue d'une approche à la fois historique et comparative avec le droit français; une analyse au surplus pluridisciplinaire, à considérer du moins les droits public et civil comme des disciplines juridiques distinctes.

Dans l'ordre, il convient d'établir la nécessité d'une relecture civile et judiciaire des privilèges (titre I) avant de (re)définir les privilèges à l'aide du droit commun de l'exécution (titre II).

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le droit commun n'est pas exclu du premier titre. Au contraire, même, l'analyse des privilèges tels qu'ils sont formulés à l'heure actuelle en doctrine est principalement fondée sur le droit commun. Car comment établir autrement leur inadéquation et la nécessité de leur (re)définition ?

Dans le premier titre, la trame de la démonstration requiert ainsi d'approfondir l'origine française des privilèges en droit belge. Il s'agit surtout de souligner qu'ils ne pouvaient pas être transposés comme tels parce que le système belge est très différent et parce que cette différence détermine nécessairement leur contenu (chapitre 1). Le raisonnement ne peut toutefois pas être

arrêté là. Il faut aller plus loin et relever avec précision le vice de conception des privilèges français en droit belge (comme en droit français). C'est à ce stade précis que l'étude des privilèges requiert une analyse de droit commun (chapitre 2).

L'approche historique intervient dans les deux chapitres, d'abord pour établir la différence des deux ordres juridiques, selon une perspective donc également de droit comparé, ensuite pour identifier l'évolution précise des privilèges et de leur contenu. L'approche pluridisciplinaire, quant à elle, intervient seulement dans le deuxième chapitre. Mais elle en détermine toute l'analyse.

La lecture historique des privilèges est en effet condamnée à être purement descriptive si les catégories fondamentales de la nouvelle analyse ne sont pas exposées d'entrée de jeu. Certes, l'étape de la description a été incontournable et fastidieuse durant la recherche. Mais il ne s'agit pas ici d'en présenter toutes les étapes nécessaires pour retracer l'évolution des privilèges, et surtout en dégager le sens. Il s'agit au contraire de bien montrer directement l'évolution artificielle des concepts, en initiant dès le départ le lecteur à la distinction des forces de l'acte juridique. La méthode d'analyse lui permet ainsi d'être apte à identifier les éléments de définition des privilèges actuels, leur nature respective et les conséquences qui s'y rattachent. Elle lui permet de bien saisir, en particulier, l'éclatement des privilèges à travers le temps.

Il n'en reste pas moins que l'idée de mettre en cause la définition française des privilèges est en réalité le fruit de l'analyse historique. Mais il n'est pas permis au chercheur de retracer fidèlement les étapes de son raisonnement sans mettre directement en perspective l'issue de ses travaux.

En l'occurrence, le "mal" de privilèges inadéquats en droit belge est un diagnostic qui n'est pas sans traitement. Le remède proposé vient en son temps. Il s'agit d'une nouvelle définition fondée sur une comparaison rigoureuse avec le droit commun. Il s'agit d'une hypothèse de travail formulée au terme du premier titre. Elle est destinée à être éprouvée en droit positif dans le second titre.

L'hypothèse avancée vise principalement à recentrer les privilèges sur ce qui, sans conteste, les caractérise, à savoir l'exécution forcée, comme il ressortira rapidement de l'analyse. Tel est en effet le seul élément de définition initial à ne pas subir la critique, sauf en ce qui concerne son champ d'application.

L'exécution forcée "administrative" est de la sorte approfondie dans le second titre. D'abord, celle aujourd'hui décrite dans les précis de droit administratif (chapitre 1). Ensuite, celle qu'il convient de proposer au terme d'une comparaison détaillée avec le droit commun (chapitre 2).

Les résultats de l'étude ne manqueront certainement pas d'étonner, car ils permettront d'articuler les droits commun et administratif d'une manière presque inespérée au départ : de façon à accréditer l'hypothèse fondamentale formulée en toile de fond et qui consiste dans la sujétion de principe des autorités administratives au droit commun en droit belge. Dans la présente étude, la sujétion n'est vérifiée qu'en matière d'exécution administrative. Elle aura cependant permis

d'avancer une (re)définition contemporaine des privilèges en droit belge, à l'aide du droit commun de l'exécution. Une (re)définition fondée sur des prémisses solidement établies.

Soit le plan suivant :

Titre I. La nécessité d'une relecture civile et judiciaire des privilèges

Chapitre 1. L'étonnante origine française des privilèges en droit belge

Chapitre 2. Des privilèges fondamentalement inadéquats

Titre II. La (re)définition des privilèges à l'aide du droit commun de l'exécution

Chapitre 1. Le système actuel de l'exécution forcée administrative

Chapitre 2. Les éléments d'un "nouveau" système

Et comme l'ont écrit C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS en éprouvant apparemment un sentiment comparable à celui éprouvé au terme de cette introduction :

"Voilà, Messieurs, le plan que nous nous sommes tracés : nous ne le donnons pas pour le meilleur; nous croyons même qu'il est impossible (...) d'en faire un qui soit tout à fait irréprochable; mais dans une matière si vaste, (...), il était nécessaire, dès le départ, de savoir où l'on marche, et je n'ai eu d'autre intention que de vous montrer la route qui m'a paru la plus régulière et la plus sûre pour arriver au but"¹⁶.

¹⁶ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'Administration et du droit administratif de la Belgique*, T. VI, Bruxelles, Weissenbruch, 1843, "Droit administratif", p. 424.

TITRE I

LA NÉCESSITÉ D'UNE RELECTURE CIVILE ET JUDICIAIRE DES PRIVILÈGES

"M. WALINE entreprend son traité par ces mots :
pourquoi y a-t-il un droit administratif autonome ?

C'est une autre question qu'il faut poser, en Belgique du moins :
y a-t-il un droit administratif autonome ?

Des matières qui lui sont particulières sont réglées par ce droit.
Est-ce à dire qu'il les régit par des normes et des principes qui lui sont propres ?"

C. CAMBIER¹

8. Introduction. Comme annoncé, l'objectif du premier titre est de préparer la (re)définition des privilèges à l'aide du droit commun de l'exécution. Il s'agit de s'interroger sur l'origine française des privilèges en droit belge (chapitre 1) et de montrer en quoi ces privilèges sont fondamentalement inadéquats (chapitre 2).

L'origine française des privilèges (section 1) est étonnante parce que les systèmes juridiques belge et français sont très différents (section 2). Comme les privilèges sont directement liés à l'organisation du contentieux administratif, qui est très différente dans chaque système, ils ne pouvaient pas être transposés en droit belge sans nuances ni adaptations. À l'évidence, une conception spécifique au droit belge s'imposait. Une conception nettement moins autonome par rapport au droit privé.

L'inadéquation fondamentale des privilèges tels que formulés à l'heure actuelle en doctrine ne concerne cependant pas seulement le droit belge. Elle s'étend au droit français. Elle est due à l'évolution du contentieux administratif, mais aussi à l'angle retenu pour définir les privilèges en droit français et qui n'est pas une comparaison rigoureuse avec le droit commun. Pourtant, le privilège est par définition une dérogation avantageuse par rapport à la loi commune. Par souci de clarté, cette dérogation doit être identifiée le plus précisément possible.

L'analyse des privilèges sur base d'une comparaison réelle avec le droit commun doit ainsi permettre de rétablir une définition plus adéquate des concepts. À ce stade, il s'agit d'une hypothèse de travail encore théorique, appelée à être vérifiée en droit positif dans le titre II.

¹ C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 10.

Soit le plan suivant :

Chapitre 1. L'étonnante origine française des privilèges en droit belge

Section 1. L'origine française des privilèges en droit belge

Section 2. L'évidente nécessité d'une conception spécifique au droit belge

Chapitre 2. Des privilèges fondamentalement inadéquats

Section 1. La méthode d'analyse

Section 2. L'analyse des privilèges

Section 3. Les résultats de l'analyse

Chapitre 1

L'étonnante origine française des privilèges en droit belge

*"La Constitution, quoiqu'elle remonte à près de cent ans,
n'est pas, en Belgique, toujours aussi connue qu'elle devrait l'être.
La chose n'est pas étonnante chez qui s'inspire de l'étranger."*

P. LECLERCQ²

9. L'objectif. Par cette phrase assassine écrite en 1929, M. le procureur général P. LECLERCQ stigmatise l'histoire du droit public belge sur une période de cent ans. Cette dernière se caractérise par une emprise impressionnante du droit français. Une emprise telle que plusieurs dispositions de la Constitution restent longtemps lettre morte. Le droit administratif est évidemment directement concerné par cette influence consubstantielle du droit français sur le droit belge³. En son sein, la "malformation" des privilèges n'est pas un phénomène isolé. La doctrine belge, en particulier⁴, n'a jamais su couper le cordon qui la relie aux auteurs français⁵. Pourtant, la Constitution belge est entièrement conçue en réaction contre le privilège et

² Proc. gén. P. LECLERCQ, "Propos constitutionnels" (discours de rentrée), *B.J.*, 1929, col. 163.

³ Le diagnostic ne se limite pas au droit administratif. Voy. par exemple, en droit civil, R. WARLOMONT, "Les principaux facteurs de l'évolution du droit civil belge (1830-1930)", *B.J.*, 1931, col. 2 à 9. Mais il vaut pour l'ensemble du droit administratif. Aujourd'hui, l'émergence d'une doctrine néerlandophone a pour impact un regain de l'influence hollandaise en matière administrative. L'état actuel des privilèges ne résulte toutefois pas de cette source d'inspiration.

⁴ En pratique, il est difficile d'identifier avec précision qui, des auteurs ou des juges, sont influencés les premiers par une théorie. Les uns comme les autres ne sont pas toujours suffisamment soucieux d'identifier leurs sources. Concrètement, surtout, jurisprudence et doctrine s'interpénètrent jusqu'à devenir inextricables, notamment dans les conclusions du ministère public précédant les arrêts de la Cour de cassation ou les rapports de l'auditorat précédant les arrêts du Conseil d'État, véritable "doctrine jurisprudentielle" (comp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz et P.F.N.S.P., 4^e éd., 1997, p. 35). En pratique, au demeurant, les juges et les auteurs sont souvent les mêmes personnes cumulant les fonctions. Il s'agit d'une longue tradition en droit administratif où la doctrine est "née sur les genoux de la jurisprudence" : J. RIVERO, "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 63 à 78 (un dialogue), ici n° 7, p. 68.

⁵ Il est notoire que les premiers grands constitutionnalistes et administrativistes du pays ont été véritablement imprégnés du droit français qu'ils ont d'ailleurs étudié sous domination française, pour la plupart. Dans ce sens, P. LECLERCQ rappelait, en 1935, que "ceux d'entre nous qui ont étudié le droit, l'ont fait souvent sous la domination française" (note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 322). Add. M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912, n° 65, p. 88 : "c'est à leur école que s'étaient formés nos juristes". Jusqu'il y a quelques décennies encore, il n'était pas rare, pour les académiques, de compléter leur formation en France.

l'omnipotence institués en France au profit de l'administration, et largement pratiqués en Hollande.

Aujourd'hui, les privilèges apparaissent comme un résidu de cette influence dont il est devenu urgent de se départir à l'aube du vingt et unième siècle. Il s'agit d'adapter les privilèges au droit belge, mais pas n'importe comment. Il convient d'identifier ce qui différencie les deux ordres juridiques, dans un premier temps, pour évaluer l'impact de cette différence sur les privilèges, dans un second temps.

La démarche est incontournable. Car le contexte dans lequel les privilèges s'inscrivent en détermine évidemment le contenu et le sens.

Cela dit, il ne peut pas s'agir de détailler la comparaison des systèmes sous toutes leurs facettes. Il convient tout au plus d'isoler l'élément déterminant appelé à façonner les privilèges selon un mode radicalement différent. À cet égard, une comparaison schématique des deux "moules" révèle immédiatement le point d'orgue de la différence : l'unité de principe des juridictions en droit belge, leur dualité en droit français.

L'objectif du premier chapitre est donc précisément limité. Il vise à souligner les spécificités du système belge autour de cette idée précise. Il est aussi d'anticiper les accents d'une conception particulière des privilèges qui pourrait en résulter.

Les raisons de la malformation des privilèges en droit belge apparaîtront par la même occasion. Car telles sont évidemment les données de départ avec lesquelles il faut composer. Malgré la différence essentielle des systèmes, les privilèges initialement conçus en droit français ont été purement et simplement transposés en doctrine belge, jusque dans la formulation. Il convient de commencer par ce constat, avant de s'attacher à démontrer qu'il n'était pas de bon aloi de procéder de la sorte. Seul le constat importe à ce stade du raisonnement. Le contenu des privilèges n'est pas encore abordé comme tel.

Section 1. L'origine française des privilèges en droit belge

10. Plan. L'influence du droit français n'a pas été continue à travers le temps. Elle a connu ses périodes de gloire.

En France, le droit administratif a lui-même connu des âges différents. Trois périodes peuvent être distinguées, entre empirisme et conceptualisme (I).

En droit belge, on distinguera seulement deux périodes. Or, précisément, la réception de la conception française des privilèges en droit belge s'est précisément opérée en deux temps (II).

I. Entre empirisme et conceptualisme

11. Trois périodes en doctrine française. Il est aujourd'hui communément admis en droit administratif que la doctrine française a d'abord été plutôt empirique, ensuite seulement plus conceptuelle. Au-delà d'un débat qui s'est cristallisé en France il y a une quarantaine d'années, T. FORTSAKIS⁶ utilise les deux concepts en vue d'identifier plus précisément les deux tendances fondamentales autour desquelles le droit administratif évolue depuis son apparition : l'empirisme et le conceptualisme. Les tenants du premier courant défendent l'idée que le droit administratif se ramène à une simple collection de solutions d'espèces. Les seconds soutiennent, au contraire, l'existence d'un système conceptuel savamment construit. Concrètement, la "doctrine empirique" s'attache à la description pratique des procédures, tandis que la "doctrine conceptuelle" élabore un véritable système théorique⁷.

L'étude classique de l'élaboration d'une doctrine en droit administratif montre, en moyenne, le lent passage de l'empirisme au conceptualisme. L'originalité des propos de T. FORTSAKIS consiste à s'écarter de ce lieu commun. Il identifie ainsi une sorte de mouvement pendulaire, une alternance dialectique entre deux pôles jamais réellement atteints. Selon lui, la nuance conduit à parler de prédominance. Les deux tendances sont en effet généralement concomitantes. Elles coexistent au sein des différentes périodes.

L'auteur⁸ distingue de la sorte plusieurs périodes-clés très brièvement résumées. De la Révolution française aux années 1820 règne une tendance empirique la plus dure. Un premier effort conceptuel est enregistré entre les années 1820 et le milieu du siècle, sous l'influence d'un culte pour le droit civil perfectionné. Mais le Second Empire prend le pas sur la tendance libérale précédente. La compilation des textes et des solutions positifs l'emporte de nouveau sur l'esprit de méthode et sur la formulation des principes généraux. Survient alors, en 1887, la publication du traité de LAFERRIÈRE⁹. Elle inaugure l'âge d'or et classique du droit administratif¹⁰. Les

⁶ T. FORTSAKIS, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1987.

⁷ J. RIVERO circonscrit de la sorte la distinction en préface de l'ouvrage de T. FORTSAKIS : "Un ensemble juridique, s'il entend régir à partir de quelques concepts abstraits les situations particulières, ne risque-t-il pas de méconnaître leur infinie diversité ? Mais, à l'inverse, s'il refuse toute référence à des normes préétablies et se réduit à une juxtaposition de solutions d'espèce, peut-il assurer à ceux qu'il régit la sécurité qui est sa raison d'être ?" (*op. cit.*, 1987, p. 13). De même, en conclusion : "Un droit ne peut, ni se passer de concepts, ni ignorer le réel qu'il entend régir ; un juge ne peut, ni s'en tenir à cette "équité des Parlements" dont nos ancêtres demandaient à Dieu de "les garder", ni se faire, selon le vœu des épigones de Rousseau, le serviteur aveugle de la norme. Le droit administratif (...) recherche l'équilibre entre l'orgueil du juge "ennemi de la chose en soi", et l'irréalisme éventuel des "faiseurs de système" (*ibidem*, p. 15).

⁸ *Ibidem*, pp. 35 à 39.

⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 T., Paris, Berger-Levrault, (L.G.D.J.), 1887 (1989). Suivie, en 1892, du premier précis de M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Larose, 1892. Soit "les premières tentatives réussies de systématisation de l'ensemble des connaissances se rapportant au droit administratif au moment de leur parution" (T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 104). En précisant cependant que l'auteur attribue également le mûrissement aux travaux antérieurs et à la transformation radicale de la conception que l'on se fait du droit, marquée par l'érosion de l'individualisme et la propagation des idées socialisantes plus organiques (pp. 104 et 105).

¹⁰ E. LAFERRIÈRE et M. HAURIOU sont les deux auteurs identifiés comme inaugurant une nouvelle ère dans l'étude du droit administratif français, une ère "conceptuelle" succédant à une période "empirique". Il faut

notions de puissance publique et de service public marquent l'affranchissement de l'emprise ancienne du droit civil et la mise au point des grandes constructions doctrinales. Entre les deux guerres mondiales, par contre, la doctrine se limite à vivre de ces acquis. L'après-guerre, quant à lui, est l'occasion d'une vaste crise du droit administratif. "Les faits (c'est-à-dire la jurisprudence) démentent la théorie au point que les auteurs commencent à douter que le droit administratif puisse être conçu à partir d'une seule notion-clé"¹¹. La période connaît ainsi un regain d'empirisme, mêlé ou suivi par un nouvel essor de conceptualisme.

Ces périodes distinguées, l'auteur succombe néanmoins au besoin de synthèse et approfondit la formation doctrinale du droit administratif selon deux grandes périodes, de 1789 à 1880, d'une part, et, d'autre part, de 1880 à nos jours. Il réserve une part belle à la première période de formation du droit qui, de loin, est généralement la plus délaissée. Sa présentation n'en laisse pas moins apparaître trois périodes décisives : de 1789 à 1880, de 1880 à 1945 et de 1945 à nos jours.

12. Deux périodes différées en doctrine belge. À côté du droit français, le droit administratif belge connaît une histoire plus "ramassée", puisque plus courte, au surplus très nettement influencée par la doctrine française dès 1830, mais bénéficiant ainsi directement d'un droit administratif en pleine formation¹². Les premiers précis de droit administratif belge¹³ ne

toutefois reconnaître que les premiers concepts de LAFERRIÈRE n'ont pas le même degré d'abstraction que ceux d'HAURIU. Ils se situent par exemple dans des parties très précises et délimitées. Les deux auteurs ne sont en réalité que partiellement comparables. Tout comme M. HAURIU, dont l'approche est très juridique, ne peut pas être rapproché sans réserves de L. DUGUIT, chez qui l'approche juridique perd de sa vigueur dans un ensemble plus vaste, plus politique et philosophique. On perçoit ainsi les limites naturelles de l'analyse.

¹¹ Ibidem, p. 38.

¹² En France, les premières chaires universitaires sont instituées et les premières revues de droit administratif apparaissent dans les années 1820 et 1830. La première revue *Thémis* date de 1819 et la première chaire de droit administratif a été établie en deux temps à Paris, en 1819 et 1828. Cela semble difficile à imaginer aujourd'hui, mais, jusqu'alors, l'enseignement du droit public en général était considéré comme dangereux et subversif. Il était écarté pour des raisons politiques (T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, pp. 42 à 52). L'enseignement du droit administratif se généralise entre 1830 et 1840 (J. RIVERO, in *Pages de doctrine, op. cit.*, 1980, T. II, n° 7, p. 67). Sur l'état de formation du droit administratif à l'époque, voy. P. SOUDET, "Une tentative plus que centenaire de systématisation des principes juridictionnels du Conseil d'État : Cormanin", in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 295 à 297.

¹³ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS débute en 1834 avec le premier tome de leur *Répertoire de l'Administration et du droit administratif de la Belgique* (Bruxelles, Weissenbruch). Ils terminent en 1856 avec le dernier tome. Au moment d'aborder le verbe "Droit administratif" en 1843, ils écrivent : "vainement voudriez-vous (...) recourir à des ouvrages qui pussent diriger vos études; il n'en existe point qui soient propres à la Belgique" (*op. cit.*, T. VI, 1843, "Droit administratif", p. 421). J.-H.-N. DE FOOZ, de son côté, publie en 1859 le premier volume de son ouvrage *Le droit administratif belge* (Tournai, Casterman). Il précise à propos des ouvrages, pour la plupart d'origine française, qu'ils "ne peuvent, en général, être consultés avec fruit" (p. 24). Quant à la première édition du premier tome de l'ouvrage de A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, (Bruxelles, Bruylant-Christophe), elle sort en 1881. Du même auteur, le *Dictionnaire de droit administratif et de droit public* est publié chez le même éditeur en 1895. À noter aussi qu'en 1834 débute la parution de la Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique, en 1868 celle de la Revue communale. Côté contentieux administratif, 1857 voit poindre deux ouvrages, l'un à nouveau d'A. GIRON, *Du contentieux administratif en Belgique*, Bruxelles, Weissenbruch, et l'autre de J. LEJEUNE, *Étude sur la Constitution belge. Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs (interprétation des art. 92, 93, 107 de la Constitution)*, Bruxelles, Decq. À noter aussi en 1842 le *Code administratif de la Belgique* d'A. BRUNO, publié en deux volumes chez Hayez à Bruxelles.

ont pas légion. Différentes tendances plus empiriques ou conceptuelles, selon le cas, peuvent néanmoins être distinguées à la lecture des ouvrages généraux. Le titre choisi, le plan suivi par les auteurs, l'approche alphabétique ou plus générale constituent des indices importants permettant de décoder une attitude descriptive ou, au contraire, d'analyse¹⁴ ¹⁵. À une période plus empirique (de 1830 à la première guerre mondiale) succède ainsi une période plus conceptuelle réellement ouverte au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

Il serait vain, par contre, de vouloir transposer *a priori* les différentes périodes françaises en droit belge. Ce serait en quelque sorte commettre soi-même l'erreur que l'on s'attache précisément à critiquer concernant les privilèges, à savoir la réception aveugle de la théorie française les concernant. D'abord, le contentieux administratif belge a son histoire propre sur laquelle il n'est pas possible de faire l'impasse. Ensuite, le droit administratif belge a subi un retard dans son développement par rapport au droit français. Un décalage dans le temps que le phénomène de réception enregistré suppose en soi. La réception, mais aussi la formulation des théories, dont celle des privilèges, ont indubitablement pris un certain temps¹⁶. Finalement, l'important, dans la perspective des privilèges, n'est pas de faire l'histoire du droit administratif belge pour elle-même. Il est plutôt de souligner les éventuelles évolutions de la conception des privilèges en droit belge sous l'influence française.

Or, l'analyse révèle un double phénomène de réception de conceptions françaises distinctes liées aux privilèges. Avec en l'occurrence, entre les deux réceptions, une importante évolution du système lui-même. Or, au surplus, le critère permettant de distinguer les deux conceptions est identique à celui dégagé à propos de l'évolution du droit administratif dans son ensemble : la première formulation est plus empirique, tandis que la seconde est plus conceptuelle.

¹⁴ Si J.-H.-N. DE FOOZ paraît inaugurer une nouvelle approche à cet égard, il serait injuste de sous-estimer les efforts de conceptualisation développés par C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS ou A. GIRON à des endroits précis de leur dictionnaire, tels les mots-clés "Administration" ou "Droit administratif" chez les premiers, et "Compétence" ou "Organisation administrative" chez le second. La démarche d'A. GIRON est à la fois significative et singulière puisqu'il passe du traité au dictionnaire exactement dans le sens inverse à celui généralement constaté. O. ORBAN écrit au sujet de GIRON que son "œuvre primitive a été transformée en Dictionnaire" parce qu'il s'emploie à fournir une étude complète et détaillée du droit administratif mais qui, à l'instar des auteurs en général, se borne "à grouper les sujets ayant entre eux des relations certaines et apparentes". La structure du premier ouvrage est frappante à cet égard. Aussi ORBAN préfère-t-il, quant à lui, "se restreindre aux principes, aux notions générales, à l'étude des lois principales", même s'il reconnaît devoir adopter un plan plutôt empirique que rationnel car il s'adresse à des élèves insuffisamment initiés au droit civil (!) (*op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 13, pp. 20 et 21).

¹⁵ À noter ces remarques particulièrement dures d'A. BATBIE tant pour les dictionnaires - "c'est n'avoir aucun plan que de suivre cette succession fortuite" - que pour les traités rattachant toutes les matières à l'exposé des lois sur la compétence et sur la juridiction - "ce procédé de composition ne serait approuvé par personne" en droit civil pas plus qu'il ne doit l'être en droit administratif - (*Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e éd., T. I, Paris, Larose et Forcel, 1885, préface, resp. p. xj et p. xij).

¹⁶ Le retard est estimé à un demi-siècle par M. VAUTHIER et L. MOUREAU concernant l'évolution de la distinction entre l'État puissance publique et l'État personne morale ("Étude sur l'influence exercée, en Belgique, par le Conseil d'État de France", in ... *Livre jubilaire, op. cit.*, 1952, p. 485). A. BUTTGEBACH opère un constat comparable à propos de la théorie du service public dont il regrette que les anciens auteurs (DE BROUCKÈRE ET TIELEMANS, GIRON, ORBAN, ERRERA) et les modernes (VAUTHIER et CAPART) aient ignoré ou méconnu l'importance. À son estime, "Cela peut s'expliquer pour les auteurs anciens, car la théorie du service public est relativement récente. Cela se justifie moins dans le droit administratif contemporain" (*op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 56, p. 60).

On est conscient, en présentant l'évolution de la sorte, de succomber quelque peu à la caricature que commande toutefois l'esprit de synthèse et d'analyse. Il importe néanmoins de garder à l'esprit la relative coexistence des deux tendances durant chaque période considérée.

II. Une réception en deux temps

A. Deux générations d'auteurs

13. Distinction. Le double phénomène de réception annoncé correspond en réalité à deux générations d'auteurs. La lecture des principaux ouvrages généraux de droit administratif belge mène à les distinguer. Le critère de distinction dégagé vise tant le degré d'abstraction atteint que la nature plus constitutionnelle ou administrative de l'approche observée. Un événement charnière sépare en effet deux mondes administratifs très différents dans l'histoire particulière du contentieux administratif belge. Il s'agit de la création du Conseil d'État de Belgique en 1946.

Le droit administratif connaît incontestablement une nouvelle impulsion à partir de cette date, favorisée par l'après-guerre. Un peu à l'instar du droit administratif français qui a véritablement connu son essor à la fin du dix-neuvième siècle, autour de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits. Les deux juridictions ont certes été créées de nombreuses années plus tôt. Mais elles n'ont acquis une véritable indépendance qu'au début de cette période-là environ.

14. Deux courants. Deux courants traversent ainsi la doctrine administrative belge.

Les premiers concepteurs privilégient une approche très générale, voire constitutionnelle du droit administratif. Ils se limitent à des concepts-clés. Cette catégorie correspond dans le temps à une génération d'auteurs qui écrivent de 1831 à 1947 approximativement¹⁷. Les auteurs ont

¹⁷ Il s'agit d'un repère artificiel et imprécis, choisi pour les besoins de la cause. D'une "date symbole plutôt que d'une date coupure" (T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 106, note 17; voy. aussi la note 130, p. 125). Dans la réalité, le changement s'est profilé lentement et progressivement. Il s'est étalé sur plusieurs années. Il faut mentionner, à cet égard, que les précis de droit administratif sont sujets aux mises à jour. Il est par conséquent difficile de figer une fois pour toutes la pensée d'un auteur et de la situer précisément dans le temps. Vingt ans séparent parfois une édition d'une autre. Le phénomène est encore accentué par les sous-traitances ou par les mises à jour *post-mortem*. Ainsi, alors que des précis d'une nouvelle génération paraissent en 1947 (P. WIGNY) et 1954 (A. BUTTGENBACH), d'anciens ouvrages généraux connaissent une nouvelle vie en 1950 (M. CAPART grâce à V. de TOLLENAERE, Marcel VAUTHIER grâce à Maurice VAUTHIER).

Il s'agit néanmoins de partir en moyenne deux approches différentes du droit administratif, *a priori* transposables à un thème plus spécial comme celui des privilèges. La date plus précise et plus symbolique que l'on peut avancer est 1947. C'est en effet l'année de parution de la première édition du précis de P. WIGNY. En règle, la date de la première parution marque un ouvrage plus que celle de la dernière, car l'auteur n'a pas pu "dépouiller le vieil homme" en un demi-siècle, selon l'expression de M. WALINE (T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 106, note 17). Néanmoins, l'évolution des versions successives indique parfois un mouvement lourd de sens. À noter que la marge d'erreur paraît limitée en l'espèce. Le Conseil d'État est créé en 1946. Et A. BUTTGENBACH situe la réception de la théorie des services publics en 1942, année où il publie un ouvrage

en commun la généralité des propos tenus. Plusieurs éléments peuvent l'expliquer, parmi lesquels on en retient deux. D'abord, le peu de jurisprudence existante à l'époque, qui correspond à un interventionnisme limité dans le chef de l'État, mais aussi à un contrôle quasi absent des pouvoirs publics par les cours et tribunaux ordinaires. Ensuite, les conditions matérielles difficiles qui leur étaient propres¹⁸. Les auteurs visés sont en définitive peu nombreux.

À partir de 1947 environ, un plus grand nombre d'administrativistes s'attache à la rédaction de traités ou précis. Les recherches s'affinent, le contour des notions se précise, mais sans toujours atteindre la rigueur souhaitée. La période est caractérisée par une augmentation sensible de la jurisprudence judiciaire et par l'apparition d'une jurisprudence administrative au sens organique du terme. La jurisprudence s'affirme ainsi comme une source de droit à part entière. Le phénomène est lié à l'évolution dans la conception du rôle de l'État et du service public, mais aussi au contrôle de l'action administrative qui se généralise. Bref, l'approche du droit devient plus *administrative*¹⁹.

Le plus étonnant, en fin de compte, est de constater que la distinction de deux générations d'auteurs n'apporte pas grand chose dans l'affranchissement du droit belge par rapport au droit français. Au contraire même, le phénomène de réception reprend vigueur et s'accroît avec la création du Conseil d'État.

Il en résulte ainsi deux réceptions successives de la théorie française liée aux privilèges. Chaque réception prend l'allure de la période considérée. Et chacune est amorcée par des auteurs déterminés à l'aube de chaque période.

B. Deux réceptions successives

1. De 1831 à 1947 : la réception d'une conception plus empirique

a. Le constat

15. Des indices et une preuve. Les références occupent une place importante parmi les indices qui permettent de constater la réception, en sus des propos tenus. Des auteurs français et de la jurisprudence française²⁰ sont cités en bibliographie ou en notes de bas de page. Le sont

consacré aux modes de gestion des services publics (*op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 56, p. 61).

¹⁸ Des moyens limités de diffusion, de déplacement et plus généralement de communication.

¹⁹ En 1968, C. CAMBIER indique dans son précis de *Droit administratif* que la prochaine réforme des études de droit et la création d'un doctorat à thèse contribueront à la multiplication de monographies, c'est-à-dire à manifester la vitalité du droit administratif en Belgique (*op. cit.*, 1968, p. 18, note 2).

²⁰ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 162 et 163 (malgré que les deux auteurs aient été des témoins directs des discussions au Congrès national) : le nombre de références autres qu'à des textes légaux français encore partiellement en vigueur est peu élevé; J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, titre VI, § II, pp. 356 et s. mais surtout pp. 369 à 383; O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, pp. 10 à 13 et surtout n° 221, pp. 250 et s. où l'auteur distingue, en s'inspirant du droit français, l'acte d'autorité de l'acte de gestion; P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, p. 278, § 180.

aussi des textes légaux français souvent encore partiellement en vigueur²¹, surtout au lendemain de l'indépendance durant cette première période plus empirique du droit.

La preuve sans doute la plus explicite consacrant la réception à l'époque a été trouvée dans l'œuvre de C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, soit au tout début de la première période considérée. Après un exposé de droit français, les auteurs concluent en 1834, très précisément à propos de l'exécution des actes administratifs, que les règles de la matière en France "peuvent être suivies en Belgique, sauf les modifications résultant de notre organisation politique et administrative"²².

b. L'explication

16. La situation au lendemain de l'indépendance. Le peu de distance par rapport au droit français, d'ailleurs partiellement applicable au lendemain de l'indépendance, est assez compréhensible si l'on s'arrête un instant sur la période considérée.

Non seulement le droit administratif est à l'époque en pleine formation²³. Mais tout se passe en 1831 comme si l' "on se trouve en présence des débris confus de tous les systèmes passés, et l'on ose à peine s'avouer les embarras de cette position"²⁴.

D'un côté, la logique révolutionnaire incite à s'inspirer de la doctrine française. En effet, la révolution belge était avant tout dirigée contre le régime hollandais. Mais, d'un autre côté, on ne souhaite pas réellement changer de système, plutôt considéré à l'époque comme un progrès par rapport au système français. On désire simplement qu'il trouve à s'appliquer, ce qui n'était pas

A. GIRON, quant à lui, laisse apparaître une volonté plus marquée de construire son raisonnement à partir de sources doctrinales et jurisprudentielles not. de droit belge. Voy. A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 213 à 217, pp. 237 à 249; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", pp. 15 à 22, n° 1 à 15.

À noter que M. CAPART, pas plus que M. VAUTHIER (*Précis du droit administratif de la Belgique*, 3^e éd., T. I, Bruxelles, Larcier, 1950; l'édition est remise à jour par Marcel et non Maurice VAUTHIER), n'abordent comme telle la question de l'exécution parée des actes administratifs. M. CAPART réserve par contre une place importante à la responsabilité de l'administration (*Droit administratif élémentaire*, resp. 3^e éd. et 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 1930 et 1950; la 5^e éd. est en réalité retravaillée et 'diminuée' par V. DE TOLLENAERE). Les références des deux auteurs sont en revanche bien belges.

²¹ Voy. les auteurs cités à la note précédente. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, en particulier, passent presque indifféremment du droit français, en particulier des décrets français, voire également du droit hollandais en vérifiant les abrogations éventuelles, au droit belge. Voy. not. à propos des autorités administratives dont les actes emportent exécution parée, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 162 et 163.

²² C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 163.

²³ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS écrivent en 1843 que "L'enseignement du droit administratif est neuf dans notre pays, et ce droit lui-même n'est point encore parvenu à cet état de science qui dans les autres branches de l'enseignement épargne au professeur la difficulté d'en définir l'objet, d'en classer les matières et de les lier entr'elles avec ordre et précision" (*op. cit.*, T. VI, 1843, "Droit administratif", p. 419).

²⁴ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. I, 1834, "Administration", p. 364. Deux systèmes sont visés : le système français mis en place après 1789, mais rapidement dompté par Napoléon, et le système des Pays-Bas à partir de 1815.

vraiment le cas sous domination hollandaise²⁵. Le résultat est une sorte de métissage. Une partie de la Constitution est inspirée du Nord, l'autre du Sud²⁶. Ce qui n'explique pas encore la nette prédominance de l'influence française en droit positif.

17. L'incertitude d'une nouvelle Constitution. Après une révolution, l'adoption d'une nouvelle Constitution est certes indispensable. Mais elle ne suffit pas à changer les mentalités. Elle ne constitue, de surcroît, qu'une infime portion des réformes à réaliser. Car l'ensemble du droit positif ne peut évidemment pas changer du jour au lendemain.

Les lendemains de la promulgation sont donc l'occasion de nombreuses incertitudes et hésitations²⁷. D'une part, "(...) on applique, sans en connaître la portée, des principes généraux

²⁵ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS reconnaissent ainsi que "l'administration néerlandaise, si elle avait toujours respecté les dispositions de la constitution, eût offert des garanties satisfaisantes au pays. Ce n'étaient pas les principes qui étaient mauvais ou qui manquaient, mais on les faussait, on les négligeait dans l'application" (*op. cit.*, T. I, 1834, "Administration", p. 362). Ainsi, malgré que le contentieux administratif avait été abrogé en Belgique par la loi fondamentale de l'ancien royaume des Pays-Bas, car elle contenait une disposition analogue à celle de l'article 92 de la Constitution, ledit contentieux fut en partie rétabli par un arrêté du 5 octobre 1822 par lequel le roi Guillaume I^{er} s'était proclamé le juge supérieur et en dernier ressort de la légalité et de la validité des règlements, ordonnances et résolutions émanés des autorités administratives, ainsi que des actes faits par les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions (*Journal officiel du Royaume des Pays-Bas*, T. XVII, n° 44, p. 2; A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., 1885, n° 205, pp. 228 et 229; proc. gén. P. LECLERCQ, commentaire sous Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1921, I, 197 et 203; J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, pp. 28 à 37) : une sorte d'élévation unilatérale des conflits rapidement devenue monnaie courante. L'objectif n'était pas dissimulé : "il ne peut entrer dans les attributions légales et constitutionnelles du pouvoir judiciaire de prendre connaissance des actes administratifs ou de s'y immiscer". Soit l'exact répondant de l'interdiction française que l'on retrouvera aussi en Belgique, en fin de compte, jusqu'au moins 1920. Au comble des violations, le prince d'Orange alla jusqu'à substituer, le 11 décembre 1829, les droits primitifs de la maison régnante au droit public et à la loi fondamentale du pays. Bref, "Sous une apparence de constitutionnalité, les Pays-Bas étaient régis en réalité avec les errements de l'empire; presque tous les pouvoirs étaient centralisés dans la personne du roi, à cette différence près qu'entre lui et les intéressés il n'y avait pas, comme en France, de juridiction administrative confiée au conseil d'état" (C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. I, 1834, "Administration", p. 362, idr). Pour L. WODON, "Le régime hollandais se caractérisait donc, de plus en plus, par la prépondérance marquée de l'administration sur l'autorité judiciaire et par l'arbitraire de l'exécutif. Ce point est d'une importance capitale pour l'interprétation de la Constitution belge. Il est en effet certain que, cédant à la tendance que j'ai relevée, et voulant précisément le contraire de ce qu'avait voulu le roi Guillaume, les auteurs de notre pacte fondamental se sont donné à tâche d'établir un système qui fut le contre-pied, et du système hollandais, et a fortiori du système de la Constitution de l'an VIII et des lois révolutionnaires antérieures. On ne saurait trop insister là-dessus" (L. WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles, Lamertin, Paris, Rivière, 1920, p. 75). Add. A. ALLEN, *Rechter en bestuur in het Belgisch publiek recht*, 2 T., Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, sp. T. II, pp. 640 à 803, n° 345 à 432. Comp. proc. gén. P. LECLERCQ, alors pr. av. gén., concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 196, en pleine "révolution jurisprudentielle" contre le système français et donc en pleine démonstration de la différence par rapport au droit français : "La loi fondamentale de 1815, la Constitution belge ensuite, avaient complètement bouleversé cette organisation".

²⁶ Rem. sur ce point J. GLISSEN, "La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence", *Res publica*, 1968, p. 107 à 141, sp. p. 132 : environ quarante pour-cent des dispositions sont plus ou moins textuellement empruntées à la loi fondamentale des Pays-Bas de 1815 (en grande partie rédigée par des Belges à l'époque) contre trente-cinq pour-cent à la Charte constitutionnelle française de 1830 et dix pour-cent à la Constitution française de 1791.

²⁷ On se reportera pour preuve au verbe "Démolition" dans lequel C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS se livrent, en 1843, à un exercice périlleux destiné à trouver, à partir des législations française et hollandaise, une ligne de démarcation précise entre l'administration et la justice malgré le prescrit de la nouvelle Constitution (*op.*

que la constitution a proclamés, mais dont aucune loi n'a réglé jusqu'ici son application"²⁸. D'autre part et malgré les intentions, tout ne peut pas disparaître "dans le gouffre de la révolution"²⁹. L'ancien article 138, devenu l'article 188 de la Constitution, se limite d'ailleurs en pratique à stipuler l'abrogation automatique de toutes les lois, décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui sont contraires à la Constitution. Des lois subsistent en conséquence³⁰. Certaines très longtemps³¹. Elles sont parfois hollandaises³² et pas toujours françaises, contrairement à une idée reçue. Mais lorsqu'elles sont françaises, elles entretiennent une "tradition" favorable au privilège de l'administration par leur dispositif³³. Toute la difficulté réside alors dans le tri à opérer sans indications. Tri par ailleurs incertain tant que le juge ne s'est pas prononcé³⁴. Le "mal des temps" est "le provisoire"³⁵. Il est appelé à durer³⁶.

cit., T. VI, 1843, "Démolition", pp. 81 à 98). Le parallèle est frappant avec les incertitudes liées à la juxtaposition récente et, partant, la conciliation d'un référé administratif avec le référé judiciaire.

²⁸ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. I, 1834, "Administration", p. 364. Voy. aussi I. VAN OVERLOOP, *Exposé des motifs de la Constitution belge*, Bruxelles, Goemaere, 1864, pp. I et II.

²⁹ L'expression est utilisée par de CORMENIN pour décrire la situation en France au lendemain de la révolution de 1789 (*Questions de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Tardier, 1834, Prolégomènes, p. II). La situation est évidemment identique en droit belge au lendemain de la révolution.

³⁰ Voy. not. J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 17 à 20.

³¹ L'exemple le plus notoire est certainement celui des décrets révolutionnaires en matière de police communale tels qu'ils ont été insérés à l'article 135 de la Nouvelle loi communale seulement depuis 1988. Avant la codification de la loi communale et de ses nombreuses modifications expresses ou implicites, réalisée par arrêté royal le 24 juin 1988 sous l'intitulé "Nouvelle loi communale" (*Mon.*, 3 septembre) et ratifié par la loi du 26 mai 1989, article 1^{er} (*Mon.*, 30 mai), le fondement de cette compétence était l'article 78 de l'ancienne loi du 26 mai 1834, combiné avec l'article 3, 1^{er}, du décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire et l'article 50 du décret du 14 décembre 1789 relatif à la constitution des municipalités. L'article 135 de la Nouvelle loi communale insère dorénavant ces articles dans la charte communale. Voy. P. LAMBERT (dir.), *Manuel de droit communal*, T. I, Bruxelles, Némésis, 1992, pp. 192 et s. J. DEMBOUR renvoie encore, sur ce point, au Recueil de la législation générale en vigueur en Belgique de 1847 à 1932 ou 1933 selon le tome (*op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 19, p. 35).

³² Ainsi, les règles contenues dans la Loi fondamentale de 1815 demeuraient partiellement d'application en attendant que le législateur ordinaire ait adopté les lois communale et provinciale, c'est-à-dire jusqu'en 1836. Voy. I. VAN OVERLOOP, *op. cit.*, 1864, p. 679. La disposition transitoire de l'article 137 de la Constitution du 7 février 1831 stipulait en effet que "La loi fondamentale du 24 août 1815 est abolie, ainsi que les statuts provinciaux et locaux. Cependant les autorités provinciales et locales conservent leurs attributions jusqu'à ce que la loi y ait autrement pourvu".

³³ P. LECLERCQ, *op. cit.*, B.J., 1929, col. 176, en droit et en fait. Comp. col. 179 et s. : un certain nombre de "législations anti-belges" ont finalement pris le pas sur les textes fondamentaux.

³⁴ Certaines abrogations ont évidemment été jugées par les cours et tribunaux belges, afin de donner force de jurisprudence notamment à l'indépendance du pouvoir judiciaire dans le cadre de la séparation des pouvoirs. Voy. J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 277 à 280.

³⁵ L'expression transposable est, une nouvelle fois, de de CORMENIN, *op. cit.*, 3^e éd., 1834, Prolégomènes, p. I. Selon l'auteur, la justice administrative en France, au lendemain de la révolution, "n'a encore ni code écrit, ni procédure fixe, ni tribunaux inamovibles. Elle ne participe malheureusement que trop du vice des temps orageux où elle est née, qui était l'arbitraire, et du mal des temps où nous vivons, qui est le provisoire".

³⁶ En témoigne l'état du droit administratif français à la même époque, compte tenu des suites chaotiques de la révolution. de CORMENIN, à propos de la législation administrative française dans son ensemble, écrit en 1834 : "Elle n'est guère qu'un entassement incohérent d'articles, où tout est mêlé, ce qui est de principe et ce qui est de règlement, ce qui est transitoire et ce qui est définitif, ce qui est des choses et ce qui est des personnes. La plupart de ces lois, nées parmi les impuretés de la révolution, ont péri sans abolition formelle et par leur propre infamie. Elles se commentent sans s'expliquer, elles se contredisent sans s'abroger, elles se rapportent sans se suppléer. Le bulletin, où elles sont pêle-mêle engouffrées, est comme un vaste arsenal qui fournit des armes à tous les partis, à tous les intérêts, à tous les sophismes. Enfin, l'application de ces lois est d'autant plus difficile,

Parfois, la Constitution même comporte une part d'équivoque ou dissimule mal une certaine hésitation. En 1831, en l'occurrence, elle ne dit mot du Conseil d'État³⁷. Mais elle maintient "au milieu des ruines, l'édifice parallèle des deux pouvoirs administratif et judiciaire"³⁸ : les tribunaux ordinaires à l'ancien article 92, d'une part, et, d'autre part, les juridictions administratives à l'ancien article 93. De la sorte, on pensait maintenir le système hollandais établi en "protestation contre les abus du régime français", c'est-à-dire, pour l'essentiel, des tribunaux judiciaires quasi omniscient, tout en remédiant à sa lacune principale, à savoir "tracer la limite qui sépare la justice de l'administration"³⁹ 40.

qu'elles sont saturées de principes politiques qui ont sans cesse changé, et que le but qu'elles se proposaient d'atteindre a été continuellement déplacé ou même renversé par le triomphe et la défaite de tous les systèmes de gouvernement. (...) Il suit de tout ceci que notre législation administrative est à refondre presque en entier, pour la tourner au génie régulier de notre gouvernement et aux besoins de notre temps" (*op. cit.*, 3^e éd., 1834, Prolégomènes, pp. V et VI). L'auteur en appelle au temps et à l'œuvre du juge qui, en matière administrative, doit "marcher de front" avec la législation. À noter l'inachèvement et l'absence de publication des travaux partiels d'une commission de révision établie en 1824 afin de colliger et de vérifier les arrêtés, décrets et autres décisions réglementaires antérieurs à 1815, projets d'ordonnances à l'appui suivant l'ordre des matières, pour le maintien ou, au besoin, pour l'abrogation expresse et définitive de celles des décisions qui n'étaient pas susceptibles d'être maintenues (voy. de GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français ou Eléments du Code administratif*, 2^e éd., T. I, Paris, Cujas, 1842, p. x).

La situation ne saurait pas être meilleure en Belgique où l'indépendance est encore précaire. Le désarroi est clairement perceptible chez C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. I, 1834, "Administration", p. 364 : "On s'est empressé de détruire tout ce qui avait quelque apparence d'abus, pour satisfaire aux exigences de l'époque. On a détruit avec l'espoir de réédifier le lendemain, mais le lendemain des événements ont entravé les projets de la veille, et l'on a fini par se consoler du mal en disant : il y a disette d'hommes versés dans la matière qui puissent entreprendre avec fruit l'œuvre ingrate et difficile d'une réorganisation administrative".

³⁷ Il aura fallu attendre la révision de 1993 pour voir le Conseil d'État figurer dans la Constitution, en son nouvel article 160.

³⁸ Comme en France au lendemain de la révolution. La citation est d'ailleurs de de CORMENIN, *op. cit.*, 3^e éd., 1834, Prolégomènes, p. II. Telle n'a toutefois pas toujours été la situation en France. Ainsi, sous le régime de l'ancienne monarchie française, "le contentieux de l'administration se confondait avec les matières civiles. Toutefois, on avait senti le besoin de créer des juges extraordinaires dans les matières mixtes" (*ibidem*, p. I).

³⁹ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. V, 1838, "Conflit d'attributions", p. 296. Les auteurs livrent le contenu de la loi fondamentale hollandaise de l'époque. L'article 165 : "Les contestations qui ont pour objet la propriété ou les droits qui en dérivent, des créances ou des droits civils, sont exclusivement du ressort des tribunaux". Quant aux articles 183 et 184, ils distinguent la justice civile de la justice criminelle et confient leur administration aux cours provinciales ainsi qu'aux tribunaux civils ou criminels, selon le cas. Seul l'article 187 évoque la matière des impositions dont le règlement de la manière de juger les contestations et les contraventions est explicitement confié à la loi.

⁴⁰ On reviendra, dans le chapitre 2, sur le sens aujourd'hui insoupçonné de la confusion entre justice et administration. Il suffit d'indiquer, à ce stade, que l'autorité administrative était considérée comme exerçant des pouvoirs contentieux pour une partie difficilement identifiable de son activité. La création du Conseil d'État au sein du pouvoir exécutif et la difficulté d'articuler les compétences respectives par rapport au pouvoir judiciaire, sont en quelque sorte les prolongements de cette conception. En France, l'indépendance du Conseil d'État a d'ailleurs accompagné la perte progressive de cette théorie à la fin du dix-neuvième siècle. Il s'agissait de conjurer la confusion théorique et matérielle de pouvoirs liés à l'activité administrative, tout en conservant une certaine maîtrise sur le contrôle de l'administration.

Sans évidemment prétendre vider la question, cette lecture des événements devrait permettre de mieux cerner les problèmes actuels liés à l'articulation des compétences des juridictions judiciaires et administratives. Continuer sur la voie française dessinée au dix-neuvième siècle revient à aborder la question sous un mauvais angle. La séparation des pouvoirs est une question de fonction et non d'actes ou de matières déterminés. C'est la conception inverse qui empêche d'y voir clair. Aussi eût-il mieux valu créer une section administrative (spécialisée) au sein des cours et tribunaux, plutôt que de prêter à confusion en maintenant un système mixte dont la complexité est contraire à l'idée de justice, même si des contrôles concurrents permettent vraisemblablement d'éviter une part

Quinze années plus tôt, la même intention avait débouché, en 1817, sur une vague de lois comparables aux lois françaises "interdisant aux juges de connaître des actes administratifs, de citer devant eux les administrateurs pour cause de leurs fonctions, de les troubler dans leurs opérations, de quelque manière que ce fût"⁴¹. Déjà dans la Loi fondamentale, en effet, et pour la première fois, "le principe de la séparation des pouvoirs était mis en rapport avec la notion des droits individuels"⁴².

Le droit administratif est d'autant plus exposé à l'incertitude dans l'intervalle qu'une tradition comparable à celle du droit civil fait précisément défaut⁴³. Le moment est pourtant capital en soi. On se situe au début de la première période considérée. C'est-à-dire l'instant précis où les habitudes sont prises.

18. La référence naturelle au droit français. Ainsi se dessine progressivement le vice de conception qui affecte directement les privilèges en droit belge depuis le début. Plus ou

d'arbitraire. La conception inverse et l'ambiguïté des articles 92 (144) et 93 (145) de la Constitution belge ont conduit à un questionnement permanent, surtout à l'approche ou au moment des réformes, telles l'organisation des référés. La question est toujours restée ouverte de savoir s'il existe ou non de véritables droits administratifs autonomes. Encore récemment, dans la lignée de C. GOOSSENS, "Recherche sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs", *Ann. fac. dr. Liège*, 1960, pp. 145 à 285, rem. B. BLÉRO, "Du droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir", thèse, U.L.B., 1998, résumée in *C.D.P.K.*, 1998, pp. 151 à 157 et "L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire", in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 203 à 268. L'auteur est partisan d'une compétence accrue du Conseil d'État à travers la notion de droits politiques à laquelle il rattache la responsabilité en voyant dans l'article 1382 du Code civil un principe d'application générale aux droits subjectifs non exclusivement civils. Aujourd'hui encore, en présence du Conseil d'État, on s'interroge sur la création de tribunaux administratifs et surtout sur leur place dans l'échiquier juridictionnel : doivent-ils être liés même fictivement à l'exécutif ou doivent-ils relever du pouvoir judiciaire en constituant une juridiction spécialisée de première instance ?

Rem. dès 1838 la vision très réaliste de C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS au sujet de la "limite qui sépare la justice de l'administration", aujourd'hui valable en ce qui concerne la distinction des contentieux subjectif et objectif. Selon eux, une séparation stricte des fonctions judiciaires et administratives est utopique en l'absence d'une ligne de démarcation nette entre les missions respectives (*op. cit.*, T. V, 1838, "Conflit d'attributions", pp. 294 à 296). Elle "(...) n'est qu'un principe abstrait dont l'application soulèvera toujours de nombreuses difficultés. On aura beau étendre la compétence de la justice aux dépens de l'administration et réciproquement, elles se toucheront toujours comme les intérêts généraux touchent les intérêts privés; il sera toujours possible de se tromper sur la limite qui les sépare et la science du droit administratif pourra seule suppléer aux lacunes de la législation sur cette matière" (p. 298). L'histoire enseigne que le partage des compétences a été avant tout un instrument (aujourd'hui suranné) de maîtrise du contrôle sur l'administration. Par une foule de lois, "Les gouvernements qui se sont succédé en France, ont profité de cette lacune pour étendre la sphère de l'administration aux dépens des tribunaux, dans toutes les directions où ils voulaient agir sans obstacle ni contrôle" (p. 296).

⁴¹ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. V, 1838, "Conflit d'attributions", p. 296. Les pp. 293 à 298 retracent bellement l'histoire des systèmes juridictionnels connus en Belgique sous l'occupation respectivement française et hollandaise, en ce compris sous l'ancien régime. On sait depuis que le système belge a également connu une multiplication de juridictions administratives, sans que le phénomène soit toutefois comparable.

⁴² J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, p. 28.

⁴³ Pour C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, partageant sur ce point l'opinion de nombreux historiens français, il n'y a d'administration à proprement parler que depuis la révolution française (*op. cit.*, T. I, 1834, "Administration", p. 361; *add.* T. VI, 1843, "Droit administratif", pp. 418 à 424).

moins rapidement, en effet, les autorités se tournent "naturellement"⁴⁴ vers le droit français pour trouver la voie d'application de bases constitutionnelles pourtant souvent incompatibles. Les premiers auteurs à être publiés dans la matière en Belgique sont parfois des Français⁴⁵. Et même lorsqu'ils ne le sont pas, l'expérience française est une source d'inspiration directe puisque, comme on l'a déjà indiqué, la plupart d'entre eux ont étudié en France⁴⁶.

Ainsi, y compris à propos des privilèges étudiés, C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS se réfèrent aux règles de la matière en France⁴⁷. Ils sont seulement prudents lorsqu'ils utilisent la clause de style "sauf les modifications résultant de notre organisation politique et administrative"⁴⁸, ou lorsqu'ils avertissent que la consultation d'ouvrages qui traitent du droit administratif allemand ou français expose "à confondre sans cesse les règles de

⁴⁴ Par besoin de certitudes, mais non pour honorer la nature du nouveau système.

⁴⁵ L. MACAREL, par exemple, publie chez Tarlier à Bruxelles, en 1837, une édition de ses *Éléments de jurisprudence administrative* "augmentée de la législation belge". On peut lire en fin d' "Avertissement" qu'il "n'existe point, en Belgique, de juridiction administrative. L'éditeur belge, en réimprimant cet ouvrage, devenu excessivement rare en France, a donc dû se borner à le compléter par l'indication des lois et arrêtés rendus en ce pays, sur les matières traitées par MACAREL. Ainsi, le lecteur peut suivre la marche et les progrès de notre organisation administrative, et apprécier sa supériorité sur l'organisation française" (p. V). Sont également disponibles chez Tarlier, à Bruxelles, les *Questions de droit administratif* (*op. cit.*) de C. CORMENIN, dont la troisième édition date de 1834, mais qui n'est pas adaptée au droit belge. Une édition *post-mortem* de l'ouvrage de P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France suivie de la compétence des juges de paix*, paraît aussi à Bruxelles chez DE MAT, 1830. Il est précisé en couverture, à propos du contenu, qu'il est mis "en rapport avec la législation et la jurisprudence de France et des Pays-Bas".

⁴⁶ Voy. *supra*, n° 9, note 5. Ce qui était le cas également de deux membres prédominants de la commission désignée par le Gouvernement provisoire pour rédiger un projet de constitution à débattre au Congrès national. Voy. J. GILISSEN, *op. cit.*, *Res publica*, 1968, p. 112, note 12 : P. DEVAUX, Sorbonne, et E. de GERLACHE, Faculté de droit de Paris. L'auteur souligne aussi l'influence de la révolution de juillet sur la révolution belge et l'influence de la pensée politique française, tant catholique que libérale, sur les jeunes juristes français de la commission (p. 141).

⁴⁷ Dès 1832, la Cour de cassation n'est pas vierge de la même tendance à d'autres propos que celui des privilèges. Ainsi peut-on citer l'article 19 de la Constitution dont la Cour de cassation a longtemps donné une interprétation stricte, considérant notamment qu'il n'était pas applicable à la police des cabarets et à l'ouverture au public de salles de danse. Le motif légal avancé était que la Cour de cassation avait considéré les lois révolutionnaires réglant les pouvoirs de police des autorités communales comme étant demeurées intactes. À quoi l'on peut répondre, mais il faudra attendre 1953 pour que ce soit le cas en jurisprudence, que l'article 19 de la Constitution n'a sans doute modifié ni le but ni le champ d'application des lois révolutionnaires, mais qu'il a tout de même interdit d'avoir recours au moyen de l'autorisation préalable (M. DUMONT, note d'obs. sous C.E., *Boi*, n° 2.387, 24 avril 1953, *R.J.D.A.*, 1953, pp. 223 à 227). Le Conseil d'État a tiré cette conclusion dans l'arrêt annoté, en s'inspirant directement, l'élément est important, d'une étude plus fouillée qu'auparavant des travaux préparatoires du Congrès national ! L'exemple est significatif en ce qui concerne les privilèges dont le champ d'application vise pour l'essentiel les lois de police. Il explique la difficulté rencontrée par les cours et tribunaux d'adapter des textes d'origine française, mais aussi leur interprétation déjà fixée en France, à des principes généraux constitutionnels sans résonance pratique apparente.

⁴⁸ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 163. Les auteurs visent apparemment le privilège du préalable, mais il faut savoir que les auteurs ne distinguent pas les deux privilèges à l'époque. Ils parlent de "l'exécution parée" des actes administratifs sans formule exécutoire. À propos des autorités administratives dont les actes emportent l'exécution parée, les auteurs avancent, pour fondement à la transposition littérale du "principe" de droit français en droit belge, trois décrets français des 16-25 thermidor an 12, 12 novembre 1811 et 21 juin 1813, tous trois insérés au *Bulletin des lois français* "pour faire règle à l'avenir". Ils ne pensent pas que le principe "puisse être aujourd'hui contesté en Belgique, car dès lors qu'une autorité administrative, quelle qu'elle soit, fait l'office de juge en certaines matières, il n'y a aucune raison pour refuser à ses actes la vertu d'un jugement" (p. 164). Une telle conception méritera quelques explications au chapitre 2, n° 197 et s.

l'administration française ou allemande avec celles de l'administration qui nous régit depuis 1814⁴⁹. Le ton est en réalité donné, et pour longtemps.

2. De 1947 à aujourd'hui : la transposition d'une représentation plus conceptuelle des privilèges

a. Le constat

19. Des indices et des preuves. Dans le sillage des auteurs français, plusieurs Belges se sont essayés au conceptualisme dès le début du siècle. Des phénomènes isolés de réception "avant l'heure" ne peuvent donc pas être écartés d'office. On peut toutefois identifier l'année 1947 comme consacrant véritablement la deuxième réception d'une théorie élaborée des privilèges en droit belge.

Comme au lendemain de l'indépendance, les références sont des indices supplémentaires par rapport aux propos tenus. Ils permettent d'évaluer le degré de réception du droit français. Parmi les références, certaines sont à ce point explicites qu'elles constituent de réelles preuves d'une transposition.

P. WIGNY a déjà été mentionné dans ce sens dans l'introduction. Il est le premier auteur belge à se référer expressément à la notion de privilège du préalable dans un précis de droit administratif en 1947. La référence à M. HAURIOU, "spécialiste en la matière", est explicite. La réception de la théorie française des privilèges est amorcée⁵⁰. P. WIGNY joue en quelque sorte le rôle de charnière entre les deux générations. À noter cependant qu'en 1962, la référence à M. HAURIOU ne figure plus dans le précis de P. WIGNY. L'ouvrage n'est plus "étayé" que par du droit belge. Comme si l'assimilation était accomplie et "parfaite". En effet, le contenu n'a pas vraiment changé. Il est seulement beaucoup plus élaboré.

En 1961, A. VANDER STICHELE confirme l'origine française des privilèges étudiés. Il est l'auteur de l'un des rares articles de doctrine entièrement consacrés au privilège de l'exécution d'office⁵¹. Qui plus est en néerlandais. Il y analyse les définitions données par les auteurs de sa génération, tels A. BUTTGENBACH ou P. WIGNY. Selon lui, ces définitions varient peu les unes par rapport aux autres, de par une référence commune à l'illustre juriste français, M. HAURIOU. Ce dernier serait, selon l'auteur, le premier à avoir étudié en détail les privilèges dont l'administration a besoin⁵².

⁴⁹ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VI, 1843, "Droit administratif", p. 421.

⁵⁰ L'expression "privilège de l'exécution d'office" n'est pas encore utilisée. Ni apparemment celle de décision exécutoire.

⁵¹ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1745 à 1756.

⁵² A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1745. L'auteur renvoie à M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, 5^e éd., Paris, Sirey, 1943, p. 240. Il faut toutefois rappeler que l'auteur est décédé en 1929. Il s'agit donc d'une version *post-mortem* du précis, entièrement refondue et mise à jour par A. HAURIOU.

Toute la génération "unanime" serait ainsi caractérisée par la référence au droit français, que ce soit directement en citant⁵³ de la jurisprudence ou des auteurs, en particulier M. HAURIOU⁵⁴, au moins dans les premières versions des précis⁵⁵, ou alors indirectement, en citant des auteurs belges s'étant eux-mêmes inspirés au préalable du droit français⁵⁶. A. VANDER STICHELE, par exemple, ne cache pas qu'il fait sienne la définition d'A. MAST, tirée de son précis de 1960. Les auteurs et la jurisprudence qu'il cite sont belges mais aussi français.

Deux auteurs⁵⁷ attestent en particulier le phénomène de transposition. P. WIGNY explique à propos du privilège du préalable que "Les auteurs français citent des exemples qui sont aussi valables en Belgique (...)"⁵⁸. Dans son sillage, A. BUTTGENBACH expose les conditions et les limites du privilège de l'action d'office en se référant aux "solutions françaises qui - sous réserve d'une étude approfondie de notre jurisprudence - nous paraissent valables, en principe en droit belge". C'est que "L'étude de celles-ci - comme, d'ailleurs, une étude systématique de l'acte administratif - reste à élaborer en droit belge, tandis qu'elle l'a été, depuis longtemps, par la doctrine et la jurisprudence françaises"⁵⁹.

⁵³ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1745 à 1756; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 376 à 379bis, pp. 343 à 351; A. VANWELKENHUIZEN, *op. cit.*, R.A., 1967, pp. 173 à 182; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 249 à 251; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220 à 222, pp. 307 à 310; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, et not. n° 9bis, p. 21, note 1 (la 9^e éd. du précis de G. VEDEL et P. DELVOLVÉ semble avoir particulièrement influencé l'auteur ou ceux qui ont mis à jour la dernière version de son précis); A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, (11^e éd.), Bruxelles, Story-Scientia, 1989, n° 7 à 9, pp. 6 à 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 14^e éd., Bruxelles, Kluwer rechtswetenschappen, 1996, n° 7 à 9, pp. 6 à 9.

⁵⁴ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65, p. 83; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 1954, princ. n° 376, p. 259, note 2; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 18, note 3.

⁵⁵ Le phénomène atteste une véritable transposition. Tel est le cas de P. WIGNY et A. BUTTGENBACH.

⁵⁶ M. SOMERHAUSEN, en particulier, prend timidement position et préfère citer *in extenso* les points de vue contrastés d'A. GIRON et de P. WIGNY. Il faut rappeler qu'il s'agit de "simples" obs. sous civ. Malines, 24 juin 1963, R.C., 1964, p. 118 (pp. 119 à 124).

⁵⁷ Add. F.-E. DE VISSCHERE, *Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur*, Brussel, Standaard, 1966, n° 106, p. 80 : l'auteur renvoie explicitement à la jurisprudence et la doctrine française en ce qui concerne l'exécution forcée administrative; W. LAMBRECHTS, *Geschiedenis van bestuur*, 3^e éd., Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988 (addendum 1990), p. 45 : l'auteur attribue explicitement à l'influence française le caractère exécutoire présenté comme un élément de définition de l'acte administratif.

⁵⁸ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65, p. 83 et *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160. Ou encore en 1947 au sujet des exceptions à l'exécution parée : "Dans l'état actuel du droit administratif belge il est impossible de les énoncer avec fermeté. Bornons-nous à dire que le privilège du préalable ne peut supprimer les garanties constitutionnelles" (n° 65, p. 83).

⁵⁹ A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 346. En 1954, l'auteur était moins éloquent : *op. cit.*, 1954, n° 377, pp. 261 et 262. Rem. pourtant, du même auteur, *Les modes de gestion des services publics en Belgique. Essai sur la déconcentration et la décentralisation administratives considérées comme procédés techniques de la gestion des services publics*, Bruxelles, Larcier, 1942, p. 55, n° 66, mais sans aucun recul par rapport au droit français qu'il se limite à décrire : "M. L. ROLLAND voit également une caractéristique du régime juridique des services publics dans la nature des décisions et des opérations effectuées par les autorités compétentes en vue de leur fonctionnement. Elles se présentent, en principe, comme des actes administratifs échappant aux règles du droit commun. C'est ainsi que les décisions de l'autorité administrative seront exécutoires, bénéficiant du privilège du "préalable" et de l' "exécution d'office" " (ils restent indéfinis). L'ouvrage semble être le premier plaidoyer en faveur d'une théorie (très française) du service public en droit belge. Voy. la recension anonyme, cette fois du précis, in R.C., 1953, p. 51.

Au-delà de ces preuves formelles, le contenu des privilèges exposés en doctrine belge témoigne principalement de la réception pure et simple. À ce stade, toutefois, le parti a été pris de montrer la réception sans aborder le contenu.

b. L'explication

20. La création du Conseil d'État. La nouvelle réception d'une conception française différente et plus élaborée des privilèges s'explique sans difficultés à la lumière de l'histoire.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, à un moment où le droit administratif français prend un souffle nouveau à travers une crise, le droit administratif belge connaît un événement sans précédent, "une des (innovations les) plus importantes connues depuis 1830"⁶⁰ - un surprenant renversement⁶¹ -, susceptible de modifier de fond en comble sa physionomie et d'éviter la crise (comme en France) à défaut d'une maturité suffisante. Il s'agit de la création d'un Conseil d'État et de l'apparition consécutive d'une véritable jurisprudence administrative au sens organique du terme.

Auparavant, les juridictions administratives créées sur base de l'article 145 de la Constitution n'avaient pas une compétence générale étendue à toutes les matières administratives comme celle du Conseil d'État. Or, seule la maîtrise complète d'une discipline entière permet l'exercice d'une véritable influence. Aujourd'hui, on va parfois jusqu'à parler d'une véritable "doctrine du Conseil d'État", malgré que sa place et son rôle soient nettement plus effacés qu'en droit français. La création du Conseil d'État a conduit au regain de l'influence française en droit administratif. Mais il a permis aussi un contrôle souvent utile pour l'administré, voire pour les collectivités inférieures⁶².

21. Une nouvelle génération d'auteurs. L'avènement d'une nouvelle catégorie de juges devait déboucher sur l'apparition d'une nouvelle génération d'auteurs, qualifiée pour les besoins de la cause de "deuxième génération".

La parution du premier précis de P. WIGNY atteste ce changement, au moins d'une volonté de renouveau. Le caractère peu développé du droit administratif belge est dénoncé en introduction⁶³. Trois causes sont avancées : l'absence d'un Conseil d'État⁶⁴, le défaut de

⁶⁰ M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 498, p. 666.

⁶¹ C. CAMBIER, "Propos sur le Conseil d'État", in *Écrits de Cyr Cambier*, Faculté de droit de l'U.C.L., 1984, p. 54.

⁶² P. TAPIE observe judicieusement, à ce dernier égard, que l'institution du Conseil d'État a modifié la hiérarchie des pouvoirs, en fait sinon en droit ("Conflits du deuxième type", *A.P.T.*, 1978-1979, p. 90). Depuis lors, la tutelle de légalité revêt un caractère beaucoup plus objectif et la tutelle d'intérêt général doit être contenue dans les limites d'un usage raisonnable.

⁶³ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, introduction, n° 1 et 2, pp. 7 et 8.

⁶⁴ L'histoire du droit administratif français confirme cette appréciation. En effet, la réforme de pluviôse et nivôse an VIII, qui organise les Conseils de préfecture et qui transporte au Conseil d'État les attributions

publication de la jurisprudence administrative⁶⁵ et la doctrine.

À l'égard de cette dernière, l'auteur écrit : "Précisément parce que celle-ci manque d'information, n'a pas une connaissance suffisante de la vie journalière dans tous les secteurs administratifs, ses commentaires de la loi, pendant tout le XIX^e siècle, ont été plus descriptifs que synthétiques. Les dispositions légales furent étudiées l'une après l'autre, avec beaucoup de soin et de science, sans qu'une théorie d'ensemble, un système juridique fondamental soit lui-même dégagé"⁶⁶.

Il est difficile d'être plus exhaustif sur ce point : une ère de conceptualisme⁶⁷ commence.

contentieuses des ministres, est également présentée en France comme créant le contentieux administratif, c'est-à-dire le droit administratif selon une conception procédurale. Voy. à cet égard T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 42. Sur le plan doctrinal, en revanche, les premiers précis "plus conceptuels" de droit administratif sont apparus peu après 1872, une fois le Conseil d'État (ré)investi de la justice déléguée, c'est-à-dire d'un pouvoir de juridiction ou de décision propre comme entre 1849 et 1851, et une fois devenu juge "administratif de droit commun", autrement dit juridiction souveraine en matière administrative. Dans les deux cas, l'émergence du droit a donc suivi celle du juge.

⁶⁵ Il est difficile de ne pas revenir sur cette deuxième raison justifiant l'état embryonnaire du droit administratif à l'époque. Avec cette phrase d'une force étonnante à la rapprocher du défaut de publication des arrêts du Conseil d'État dans les années 1990 (aujourd'hui encore en droit des étrangers) : "les juridictions administratives ne publient pas leurs décisions. Dès lors, il ne se forme pas une jurisprudence" (*ibidem*). À l'instar de la situation en France, de 1800 à 1818, faut-il parler, comme le fit M. HAURIU, d'une "période d'élaboration secrète" du droit administratif (*op. cit.*, 3^e éd., 1897, p. 248) ? L.A. MACAREL, le premier auteur français à s'être employé à faire connaître la jurisprudence administrative, écrivait à propos de cette période que "cette jurisprudence antérieure est, en général, restée inconnue aux citoyens, aux autorités administratives et sans doute même à la plupart des membres du Conseil. Les Français vivent, sur ce point, sous des règles qu'ils ignorent" (*Éléments de jurisprudence administrative*, Paris, 1818, "Avertissement", p. V, cité par T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 35; l'auteur a remanié "son avertissement" tout en en conservant le sens dans l'édition augmentée de la législation belge, *op. cit.*, 1837, pp. I et II). Il faut rappeler que la jurisprudence comme véritable source de droit était encore difficile à concevoir à une époque où la révolution venait d'établir la primauté absolue de la loi. À noter aussi T. FORTSAKIS qui s'indigne de ce qu'une interdiction de publier des arrêts sans autorisation préalable soit encore en vigueur de nos jours dans certains pays comme le Mexique (*op. cit.*, 1987, p. 55, note 70). En Belgique, les avis du Conseil d'État connaissent un sort comparable aujourd'hui encore. Voy. P. POPELIER, "De openbaarheid van de jurisprudentie van de Raad van State", *T.B.P.*, 1997, pp. 225 à 228; P. HERBIGNAT, "Les avis de la section de législation du Conseil d'État à l'épreuve de la transparence administrative", dont avis conf. préc. C.E., Jordan, n° 72.863, 31 mars 1998, *A.P.T.*, 1998, pp. 138 à 152. Rem. aussi J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999, dont le souci a été de rendre accessible la jurisprudence publiée.

⁶⁶ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 1, p. 8. Dans le même sens : L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 14, selon qui les précédents ne sont connus que des initiés et s'élaborent le plus souvent sans discussion suffisante, et la carence en publication rend difficile la "critique constructive"; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 56, p. 60.

⁶⁷ Il faut rappeler qu'il s'agit d'une tendance. Des efforts de conceptualisme existent auparavant, tel M. CAPART dont L. WODON écrit, en préface de son précis de droit administratif élémentaire, qu'"Il n'a pas voulu se contenter de compiler un de ces manuels prétendument pratiques de droit dit usuel, qui ne sont pas toujours faits pour donner une idée bien haute des disciplines juridiques. Il a compris qu'il n'y a point de bonne pratique sans une solide théorie" (*op. cit.*, 3^e éd., 1930, p. XIII, préface de la 2^e éd. reproduite dans la 3^e). La préface du précis écrite par M. VAUTHIER indique, quant à elle, qu'il s'agit d'un "traité de droit positif, dans lequel la théorie se mêle intimement à la pratique" (c'est-à-dire à la jurisprudence des cours et tribunaux ainsi que du Conseil d'État) (*op. cit.*, 3^e éd., 1950, préface, p. 10). Mais "l'ambition de l'auteur n'a pas été de présenter un tableau complet de l'administration belge, comme le ferait un "Répertoire". Son programme était plus limité : c'est l'organisation juridique de la Belgique en matière d'administration qu'il a tenté de faire apparaître et c'est à ce programme qu'il a tenu à se conformer" (*ibidem*, préface, p. 11).

Comme pour l'attester, le recours à l'expression "théorie générale" du droit administratif ou de l'acte administratif se généralise dans les ouvrages généraux⁶⁸.

Le tournant est particulièrement crucial en ce qui concerne les privilèges et la formulation de théories apparentées, liées à l'activité de l'administration plutôt qu'à sa structure. À cet égard, L. MOUREAU fait judicieusement remarquer, en 1946, que si l'étude de l'organisation administrative est assez développée dans la doctrine belge, "les auteurs belges ont moins approfondi l'étude de l'activité comme du contentieux, de l'administration du point de vue juridique. Du point de vue scientifique et pratique, l'intérêt de cette étude est pourtant considérable et, à certains égards, plus important que la description des rouages de l'administration et de leurs principales attributions"⁶⁹.

22. La seule explication ? P. WIGNY n'est pas le seul⁷⁰ à s'extasier⁷¹ ou à dénoncer, dans un précis de droit administratif, le *sous-développement* du droit administratif belge à l'époque⁷². Il est clairement conseillé de s'inspirer du droit français⁷³, parfois avec des

⁶⁸ Selon un ordre chronologique : L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 142; P. WIGNY, *op. cit.*, 1^{re} éd., 1947, p. 8, n° 2; 4^e éd., 1962, n° 1, p. 7, n° 189, p. 148 et le texte précédant le n° 208, p. 157; M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 29, p. 43, impl.; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, le titre de la première partie; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, le titre; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 223 et 249; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 30, p. 70; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 19, pp. 61 et 62.

⁶⁹ L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 141.

⁷⁰ Chez d'autres auteurs, par contre, la création du Conseil d'État passe plus inaperçue. Ainsi, V. DE TOLLENAERE, à l'origine de l'adaptation du précis de M. CAPART dans une 5^e éd. raccourcie (*op. cit.*, 1950), consacre simplement un titre V à la nouvelle juridiction, sans lui prêter les mêmes vertus.

⁷¹ Selon M. VAUTHIER, la loi créant le Conseil d'État "ouvre une ère juridique nouvelle, car désormais les problèmes que posent les conflits administratifs seront traités avec la rigueur qu'exige le respect du droit, la jurisprudence se formera avec continuité et, de cette jurisprudence, sortiront peu à peu les principes, que les théoriciens pourront étudier à leur tour pour les mettre en lumière" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 29, p. 43, idr; comp. préface, pp. 8 et 9 où l'auteur ajoute à l'ouverture d'une "ère nouvelle du droit belge" que les problèmes n'étaient auparavant "résolus qu'empiriquement et, dans bien des cas, au gré d'un pouvoir discrétionnaire non exempt d'arbitraire"). L'absence d'une réelle discipline juridique administrative était décriée depuis bien longtemps en pratique. Déjà en 1843, C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS indiquaient à propos de l'État que, le plus souvent, "les fonctionnaires abandonnent la défense de ses intérêts à des avocats, qui, habitués à l'étude et à l'application du droit commun, perdent facilement de vue qu'à côté du droit civil il existe un droit public et administratif qui a ses formes et ses règles particulières, et qui a été expressément créé pour l'État" (*op. cit.*, T. VI, 1843, "Domaine", p. 353) ...

⁷² Pour M. VAUTHIER, "À cet égard, la Belgique subissait un retard important à l'égard du droit administratif français"; la loi créant le Conseil d'État vient ainsi "parfaire un édifice administratif demeuré incomplet" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 29, p. 43), ce qui constituait une "lacune", "l'un des points faibles de notre organisation politique", provoquant une confusion "dans les principes régissant les rapports des particuliers avec l'administration, des administrations entre elles et des administrations avec les fonctionnaires" (*ibidem*, préface, p. 8). Bref, l'absence d'un tel conseil a été "une entrave au progrès normal du droit" (*ibidem*, T. II, n° 503, p. 676). J. DEMBOUR, quant à lui, considère que le droit administratif "prend son vrai visage, chez nous, depuis la création du Conseil d'État. Il ne faut dès lors pas s'étonner si certaines de ses notions pourtant fondamentales demeurent encore incertaines" (*op. cit.*, 3^e éd., 1978, p. 30, n° 14). Add. H. BUCH, "Le contrôle juridictionnel des actes administratifs", *J.T.*, 1957, p. 5 : "en plein devenir"; P. TAPIE et M. LEROY, "L'évolution du contentieux administratif en Belgique", *J.T.*, 1982, p. 222 : le contentieux administratif est, en Belgique, "une science relativement jeune", à l'évolution possible encore "très ouverte".

⁷³ Tel M. VAUTHIER : "Il n'est pas douteux que les principes valables en Belgique sont très proches de ceux qui sont d'application en France, de sorte que les grands juristes français seront des maîtres pour les

précautions oratoires⁷⁴. Un tel conseil n'est-il toutefois pas manifestement contraire aux propos du procureur général P. LECLERCQ cités en tête du chapitre et qui soulignent le défaut de pertinence d'une telle inspiration près de vingt ans plus tôt ?

Il y a aussi quelque chose d'étrange à justifier la pauvreté du droit administratif belge à l'époque par l'absence d'un Conseil d'État. Comme si le droit et le contentieux administratifs n'étaient susceptibles d'exister qu'en présence d'une juridiction administrative *ad hoc* ? La question est évidemment au centre du débat. Mais une autre lecture de l'histoire peut conduire à mettre la carence du droit administratif sur le compte du manque d'audace des cours et tribunaux et de la doctrine jusqu'au milieu du vingtième siècle⁷⁵.

Ainsi, "En matière de droit administratif, il serait faux de dire qu'il n'est apparu qu'en 1946 avec la création du Conseil d'État. Quelle que soit l'insuffisance, maintes fois soulignée, de l'action des juges à l'égard des abus et excès de pouvoir de l'administration, plus spécialement depuis la moitié du siècle dernier, on ne peut pas dire que le pouvoir judiciaire n'ait pas exercé une activité en la matière"⁷⁶. Néanmoins, il faut bien reconnaître que "c'est depuis la naissance du Conseil d'État (...) que le problème de la règle de droit en droit administratif a pris une orientation originale"⁷⁷. Un regain de l'influence française s'est manifestement fait sentir.

Conclusion

23. L'étude incontournable des privilèges en droit français. S'il est bien une certitude acquise au terme de cette première section, c'est que l'étude des privilèges en droit français est devenue incontournable. En effet, leur origine française en droit belge est désormais clairement établie. Elle a même été expliquée à partir du droit belge.

Ces développements étaient indispensables car ils ont permis de fixer un cadre à la réflexion et d'éviter ainsi les erreurs.

théoriciens du droit belge" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 29, p. 43).

⁷⁴ "Mais le droit positif de chaque pays a sa physionomie particulière" et ses "caractères originaux", souligne M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 29, p. 43. "Pour faire œuvre originale, il (...) faudra (...) tenir compte des particularités de l'organisation politique et administrative de la Belgique, qui diffère, sur bien des points, de l'organisation française, non seulement par la forme, mais aussi par l'esprit" (*ibidem*, préface, p. 9).

⁷⁵ À cet égard, A. BUTTGENBACH lit différemment le cours des événements dont il observe toutefois la chronologie. Il s'exprime à propos de la théorie du service public, somme toute intimement liée à la formulation des privilèges, dont il dénonce l'absence en droit belge, durant de nombreuses années, en dépit de son importance en France à la même époque. Il impute cette absence non seulement à l'inexistence d'un Conseil d'État qui, en France, a largement contribué au développement de la théorie. Mais aussi à "une méfiance assez caractérisée" manifestée en Belgique vis-à-vis de la jurisprudence "*dieu prétoire*" de la haute juridiction administrative, ayant sa base en dehors de textes précis, dans les idées et les théories générales du droit. "Or nos magistrats, - qui ont une formation essentiellement civiliste, - sont habitués à chercher la solution des litiges qu'on leur soumet dans un article d'une loi ou d'un Code" (*op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 56, p. 60). L'histoire enseigne pourtant l'habitude inverse dans le chef des auteurs de précis ou d'ouvrages généraux de droit administratif !

⁷⁶ H. BUCH, "La règle de droit en droit administratif", *J.T.*, 1970, p. 737.

⁷⁷ H. BUCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1970, p. 738.

Un exemple éloquent peut être trouvé chez M. SOMERHAUSEN⁷⁸, lorsqu'au sujet des privilèges l'auteur expose les théories de deux chefs de file, A. GIRON et P. WIGNY. L'auteur présente P. WIGNY comme adoptant une position voisine de la doctrine française, à la différence du premier auteur. Près d'un siècle d'évolution sépare pourtant les deux auteurs dans l'écriture. P. WIGNY écrit au milieu du vingtième siècle, et A. GIRON à la fin du dix-neuvième siècle.

En réalité, les deux auteurs suivent le modèle français, mais ils se réfèrent chacun à deux formulations très différentes correspondant à deux périodes tout aussi différentes dans l'histoire du droit administratif français. L'erreur de M. SOMERHAUSEN vient de ce qu'il lit les deux auteurs comme s'ils écrivaient au même moment. Seule une vision globale de l'évolution des privilèges en droits administratifs belge et français aurait permis à l'auteur d'éviter la mégarde. Car l'effet d'optique, quant à lui, est bien réel. P. WIGNY semble en effet considérer comme des exceptions ce qu'A. GIRON considère comme étant la règle.

24. Une origine française étonnante. Cela dit, l'origine française des privilèges en droit belge n'en reste pas moins étonnante, même si elle procède de deux réceptions.

On sait en effet combien le contentieux administratif est organisé en Belgique d'une toute autre manière qu'en France. Mais comment accepter, dès lors, la transposition pure et simple de notions aussi fondamentales que les privilèges du préalable et de l'exécution d'office ?

Tel est l'objet de la section suivante. Toujours sans approfondir le contenu des concepts réservés au chapitre suivant. À ce stade, l'objectif est limité à montrer en quoi les règles propres au système belge auraient dû déterminer une conception spécifique des privilèges depuis longtemps. De souligner en quelque sorte le vice originel de la transposition. Avec pour intention de mettre en évidence la clef de lecture qui permettra l'adaptation des privilèges au droit belge.

Section 2. La nécessité d'une conception spécifique au droit belge

25. Plan. La différence entre les ordres juridiques belge et français est, avant tout, structurelle. Elle est liée à l'organisation du contentieux administratif très différente d'un pays à l'autre. Elle rend superflue la comparaison détaillée des deux systèmes. Elle porte uniquement sur les quelques accents susceptibles de déterminer une conception fondamentalement distincte des deux privilèges. Aussi peut-elle être qualifiée d'évidente (I).

⁷⁸ M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, R.C., 1964, pp. 122 à 124.

L'étude de cette différence structurelle (A) conduit logiquement à anticiper sa portée sur les privilèges (II). Car elle a des incidences concrètes sur le régime juridique des autorités et des actes administratifs (B).

I. Une différence structurelle évidente

26. La place de l'administration par rapport aux juges. En Belgique comme ailleurs, le système ne peut être bien compris que s'il est resitué dans son contexte⁷⁹ qui est celui d'une révolution. On a montré à cet égard que si la révolution belge était dirigée contre le régime hollandais, l'ordre juridique mis en place était en partie inspiré du système hollandais tel qu'il avait été conçu sur papier mais n'avait pas été respecté. Pour utiliser une formule éloquente, on peut écrire qu'autant la révolution était dirigée contre l'occupant, autant la Constitution était aussi partiellement conçue en réaction contre celle de l'occupant précédent, c'est-à-dire contre le système français. La place de l'administration⁸⁰, notamment par rapport aux juges, était une des principales pierres d'achoppement.

Plusieurs déclarations fracassantes rappellent cette réalité au lendemain de l'indépendance, comme d'ailleurs ultérieurement. Les écrits de P. LECLERCQ sont incontournables à cet égard. Ils ne se limitent pas aux déclarations de principe, telles celle qui suit.

⁷⁹ Il s'agit d'une méthode d'interprétation valable pour apprécier un système comme un texte ou un code. Le critère du régime sous lequel il a été façonné est souvent révélateur. de CORMENIN, par exemple, compare en ces termes le code pénal et le code civil : "En lisant ce code (pénal), né sous le régime absolu de l'empire, et le code civil, né sous le régime plus doux du consulat, on sent que le génie du gouvernement a déjà changé : tant est grande l'influence de l'organisation politique sur l'état civil ou criminel d'une nation !" (*op. cit.*, 3^e éd., 1834, Prolégomènes, p. I). C'est au demeurant par de tels propos qu'I. van OVERLOOP débute son *Exposé des motifs de la Constitution* (...) en citant I. PLAISANT, alors pr. av. gén. près la Cour de cassation : "Chaque gouvernement est animé par un esprit qui lui est propre, et dont l'influence est permanente sur le système général de législation des différentes périodes politiques" (*op. cit.*, 1864, p. I). Les lendemains de la révolution ont été particulièrement difficiles en France en ce qui concerne le partage des compétences juridictionnelles. Car juger l'administration, à l'époque, est encore administrer. de CORMENIN, témoin direct en 1834, écrit ainsi : "Que l'on fasse attention que l'administration envahissait beaucoup de matières civiles sous le vain prétexte de leur liaison prochaine ou éloignée avec des intérêts administratifs, et que les juges, courbés sous la terreur, n'osaient les revendiquer. (...) Alors on reconnaît que la juridiction administrative a, en France, une étendue, une variété et une quantité d'attributions telles qu'on ne les retrouve pas dans les temps antérieurs à la révolution, telles qu'on ne rencontre rien de semblable dans les autres pays de l'Europe, telles enfin qu'elles se mêlent à presque tous nos intérêts, qu'elles affectent presque toutes nos propriétés et qu'elles touchent à presque toutes nos personnes. (...) C'est donc une vérité de fait, qu'il existe aujourd'hui une multitude de droits acquis et d'intérêts privés qui couvrent la face de la France, qui ont leur fondement dans la loi administrative, et dont l'origine ne remonte pas plus haut que la révolution" (*op. cit.*, 3^e éd., 1834, Prolégomènes, pp. III et IV).

⁸⁰ Il en résulte un savant dosage déjà évoqué note 26 avec J. GILLESSEN, *op. cit.*, *Res publica*, 1968, pp. 107 à 141. Comp. M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, première partie : l'auteur voit plutôt dans le système "un prolongement du système français" (n° 49, p. 68) dont les dispositions laconiques ont été élaborées hâtivement (en quelques jours), avec la volonté d'affirmer certains principes que le silence de la loi fondamentale avait permis au Roi Guillaume de violer, mais sans avoir songé à toutes les conséquences de leur combinaison (n° 63 et 64, p. 87) : "Elle n'est pas le résultat d'une étude scientifique et réfléchie, mais le produit d'une situation de fait" (n° 62, p. 85).

"Ce que nous vous demandons, (...) c'est d'éliminer de la jurisprudence, définitivement, les éléments étrangers à notre droit constitutionnel qui s'y sont insinués, grâce à la séduction que des auteurs, écrivant d'après une législation contre laquelle la Constitution belge est une réaction, ont exercée parfois sur de grands jurisconsultes, épris d'érudition et de droit ancien"⁸¹.

Elles concernent aussi des points précis à propos desquels l'auteur entreprend une véritable démonstration directement fondée sur la Constitution. Elle est destinée à affranchir les interprètes d'une influence française contre nature. En ce qui concerne la place de l'administration :

" (...) la loi française a institué au profit de l'administration un privilège et une omnipotence contre lesquels, par la Constitution, nous avons voulu réagir"⁸².

81 Proc. gén. P. LECLERCQ, concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 228. *Add.* 195 : "(...) l'époque de la pleine convalescence est arrivée. Le moment est (...) propice pour établir le diagnostic de la maladie, chercher ses causes, déterminer les germes nocifs qui l'ont favorisée, les éléments sains qui l'ont combattue et qui, finalement, l'ont vaincue. Peut-être sera-t-il alors possible d'arriver à un système juridique qui soit cohérent, qui, dégagé d'influences étrangères, soit en harmonie avec l'organisation belge (...)". *Add.* encore P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 330 : "(...) chercher à imiter le système français et ce en vue de mieux protéger, en Belgique, les intérêts de l'individu contre l'administration, c'est multiplier la difficulté parce qu'on perd alors rapidement de vue la différence fondamentale entre l'organisation française et l'organisation belge".

82 P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 322. D'autres extraits de la note sont tout aussi éloquentes. "La Constitution est, en effet, l'expression d'idées de liberté et de haine pour tout privilège et pour tout passe-droit, qui sont propres, depuis très longtemps, à toutes les provinces belges, et qui sont rarement aussi précisées ailleurs" (330). La Constitution belge est "une réaction" contre le système français "créé en vue de protéger l'administration contre l'individu en brisant, à l'égard de l'administration, l'action du pouvoir judiciaire; (...) elle a rétabli les délégués à l'exercice du pouvoir judiciaire dans l'intégralité des pouvoirs qui doivent lui appartenir; au besoin, il doit refuser d'appliquer les règlements administratifs (art. 107 (159))" (330). Déjà dans ses concl. conf. précédant l'arrêt "la Flandria", P. LECLERCQ s'était longuement attaché à démontrer la distance au système français (*Pas.*, 1920, I, 193, not. 199). Voy. note 2 sous et concl. conf. préc. Cass., 17 mars 1917, *Pas.*, 1917, 119, ainsi que note sous Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, 225 et les nombreuses références citées, y compris jurisprudentielles. Grâce à l'éminent magistrat, notamment, la Constitution et dans de nombreuses recherches destinées à la faire (re)découvrir. Voy. not. les sources citées dans la note et les conclusions précitées. De même que, plus généralement, les références renseignées ci-dessous.

On se reportera utilement, dans l'ordre chronologique, à pr. prés. de GERLACHE (séance d'installation de la Cour de cassation), *Bull.*, 1832, pp. 16 à 19; C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. I, 1834, Administration; T. IV, 1838, Compétence et Conflit d'attributions; T. VI, 1843, Droit administratif et Droits civils et politiques (dont p. 437 : "(...) l'indépendance de l'administration ne peut avoir, sous la Constitution actuelle, les conséquences exagérées qu'on en tirait sous les gouvernements antérieurs et que la tradition a malheureusement implantées dans beaucoup d'esprits"); J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, selon lequel "(...) il faut renoncer à faire des publicistes français les commentateurs de l'œuvre du congrès national" (p. 58), ou encore "Je demande un juge, afin qu'il soit constaté que la loi reconnaît en moi un droit violé par l'administration; on me donne pour juge mon adversaire; je me plains, et l'on me répond qu'ainsi le veut la division des pouvoirs !" (p. 46); J.-H.-N. DE FOZZ, *op. cit.*, T. I, 1859, not. p. 266 : "Le contentieux dit administratif est devenu, à tous égards, incompatible avec le régime constitutionnel belge" (*add.* pp. 317, 277 et s.; pp. 280 et s., par contre, l'auteur pactise avec HENRION de PANSEY en distinguant l'État personne civile et l'État puissance publique); I. van OVERLOOP, *op. cit.*, 1864, déjà pp. I, III et IV; *Pandectes b.*, "Acte administratif", "Compétence respective", "Contentieux administratif", "Droits privés", "Empiètement des autorités", "Juridiction (administrative)", "Pouvoir" et "Responsabilité civile de l'État"; proc. gén. M.-N.-J. LECLERCQ, "Un chapitre du droit constitutionnel des Belges", *B.J.*, 1889, col. 1265 à 1307, chapitre écrit dans les années 1850 et dont il est dit en présentation que "la diffusion des grandes vérités qu'il renferme ne contribuera pas pour peu à dissiper bien des erreurs et à fixer plus d'un principe de notre droit public trop longtemps enseveli dans les ténèbres"; M.

Le privilège dont il s'agit n'est évidemment pas celui du préalable ou de l'exécution d'office. Il est d'ordre plus général. Il opère en amont de l'action administrative. Il vise le *privilège de juridiction* dont l'administration jouit en France et qui conduit à un véritable "culte de la puissance publique"⁸³.

27. Une résonance constitutionnelle pour les privilèges. Qu'est-ce que le privilège de juridiction et comment le système belge s'en est-il départi ? Surtout, quelle influence son abolition peut-elle avoir sur la conception du droit administratif et des privilèges en droit belge ? Seul le lien aux privilèges retient en effet l'attention. Ce n'est pas le lieu d'étudier les principes pour eux-mêmes.

Par ces questions, les privilèges prennent une résonance constitutionnelle qui ne doit pas étonner. Certes, il s'agit de privilèges reconnus à l'appareil administratif. Leur champ

BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, première partie : l'auteur est partagé; P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, pp. 117 à 120, §§ 70 et 71, § 148, pp. 231 et 232 (la balance des pouvoirs penche, en France, du côté de l'administration à la fois active, délibérante et juridictionnelle, et, en Belgique, du côté de la justice) ainsi que pp. 255 et s., §§ 165 et s.; L. WODON, *op. cit.*, 1920, princ. pp. 71 et s., dont la recension in *R.A.*, 1920, pp. 149 à 155 est également porteuse à cet égard; F. MACORS, Cours non publié de droit administratif à l'Université de Liège, cité par X, "La responsabilité civile des administrations publiques. Une prétendue déformation de la séparation des pouvoirs", *B.J.*, 1921, col. 66, note 3; proc. gén. P. LECLERCQ, *op. cit.*, *B.J.*, 1928, col. 161 à 192; A. VANDER STICHELE, "Het toetsingsrecht (art. 107 van de Grondwet)", *Rechtsk.T.*, 1946, pp. 359 à 371; R. WARLOMONT, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des arrêtés et règlements en France et en Belgique", *R.A.*, 1949, pp. 173 à 191; M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 494 à 512, pp. 661 à 693 (l'auteur est un partisan du Conseil d'État, ce qui différencie son exposé des autres); W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Existe-t-il des droits administratifs et sociaux distincts des droits politiques et dépourvus des garanties constitutionnelles", *J.T.*, 1957, pp. 49 à 62 (concl. préc. Cass., 21 décembre 1956); C. HUBERLANT, "Le Conseil d'État et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 et 93 de la Constitution", *J.T.*, 1960, pp. 73 à 79, 94 à 100, 109 à 117, 133 à 138 et 151 à 155; du même auteur, "Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique", in *Rapport belge au IX^e congrès international de droit comparé (Téhéran)*, Bruxelles, 1974, pp. 459 à 487; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 7 à 19, 221 à 231 et 465 et s. et *Principes du contentieux administratif*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1961; M. SOMERHAUSEN, "Le contrôle juridictionnel", *R.C.*, 1975, pp. 255 à 264; J. VELU, "Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État", *A.P.T.*, 1988, pp. 280 à 314 (concl. préc. Cass. (ch. r.), 10 avril 1987); P. LEMMENS, "Le contentieux administratif : fondements et développements", in *Jeune barreau de Liège, Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, Liège, 1990, pp. 19 à 62; M. TROUSSE, "Ce qui se juge administrativement et ce qui se juge judiciairement", in *Jeune barreau de Liège, op. cit.*, 1990, pp. 185 à 208; X. (un membre du Congrès qui a fait partie de la section centrale nommée pour l'examen du projet de constitution), *Dans quels cas l'autorité judiciaire peut-elle arrêter les excès de pouvoirs de la puissance exécutive ?*, Bruxelles, Remy, 1834. *Add.* les auteurs cités dans le chapitre 2, sp. n° 267, en relation avec le rôle du juge des référés judiciaire en droit administratif, et qui en profitent le plus souvent pour affirmer la spécificité belge sur le plan du contrôle. Rem. aussi A. ALEN, *op. cit.*, 2 T., 1984, sp. T. II, pp. 611 à 639, n° 332 à 344.

83 M. de GERLACHE, alors premier Président de la Cour de cassation, le rappelait avec emphase lors de la séance d'installation de la Cour (*Bull.*, 1832, en particulier p. 18). En consacrant l'indépendance du pouvoir judiciaire selon un mode maximaliste de la séparation des pouvoirs, en particulier, le Constituant a tenté de s'affranchir d'un véritable "culte de la puissance publique", prêté au droit français et conduisant au privilège de l'administration. La Cour de cassation veillant à l'uniformité en législation, ne pas y soumettre l'administration lui arrose en effet un traitement privilégié. À noter que l'on retrouve l'expression "culte de la puissance publique" par exemple chez M. HAURIOU qui y voit, à l'instar de l'existence d'une juridiction administrative, un élément du tempérament national français (*op. cit.*, 5^e éd., 1903, p. 216, note 2). Plus tard, C. CAMBIER affectionnera l'expression pour décrire, dans ses ouvrages, la période de forte influence française évoquée plus loin (n° 85 et s.).

d'application est donc naturellement le droit administratif. Cependant, leur reconnaissance éventuelle procède nécessairement de la Constitution qui contient les bases du droit administratif⁸⁴. Non pas que la Constitution établisse comme telle l'existence des privilèges dans l'une de ses dispositions. Mais il doit s'agir de privilèges "constitutionnels" pour évoluer dans le système constitutionnel belge. On entend par là que les privilèges doivent nécessairement trouver leur source, d'une manière ou d'une autre, dans la Constitution. Ne fût-ce que pour identifier l'autorité compétente pour les établir. En même temps, ils doivent lui être conformes. Ils ne peuvent pas être contraires aux principes fondamentaux qu'elle fixe. Tel est l'enseignement fondamental de l'article 33, alinéa 2 de la Constitution : les pouvoirs ne peuvent être exercés que de la manière établie par la Constitution.

A. Le privilège de juridiction exclu en droit belge

28. L'illusion d'optique du Conseil d'État. En Belgique comme en France, il existe aujourd'hui trois Hautes juridictions, chacune spécialisée dans une catégorie précise de contentieux respectivement judiciaire, administratif ou constitutionnel. L'illusion est parfaite. L'observateur étranger pousse rarement la comparaison plus loin. Il présuppose une symétrie parfaite entre les deux systèmes. Pourtant, à partir de composantes identiques, l'organisation des compétences respectives débouche sur un résultat très différent.

En France, l'administration jouit d'un "privilège de juridiction". Elle y a son propre juge "taillé sur mesure" en matière administrative. Il est spécialisé dans le contentieux administratif qui, en principe, lui est réservé. Il s'agit d'un "privilège d'ordre de juridiction"⁸⁵.

Tel n'est pas le cas en droit belge. Hostile à tout privilège dans le chef de l'administration et partisan du libéralisme politique, le Congrès national a refusé de suivre ce modèle en 1831. Il lui a préféré un système offrant plus de garanties au particulier. Un système permettant la défense de ses principaux droits par un juge ordinaire, y compris face à l'action administrative.

⁸⁴ L'expression est consacrée après la Deuxième Guerre mondiale en droit français (not. dans tous les précis) : G. VEDEL, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *E.D.C.E.*, 1954, pp. 21 à 53. Rem. la réponse de C. EISENMANN, "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", *R.D.P.*, 1972, pp. 1345 à 1422 (une théorie dogmatique empreinte d'une "présomption d'administrativité"). *Add.* G. VEDEL, "Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge", in *Pages de doctrine*, *op. cit.*, T. II, 1980, pp. 203 à 217. Selon l'expression consacrée, la Constitution jette les bases de l'organisation administrative de l'État : F. DELPÉRE, "Constitution et administration en Belgique", in C. DEBBASCH (dir.), *Constitution et administration en Europe*, Paris, C.N.R.S., 1994, p. 119.

⁸⁵ *Le Nouveau Petit Robert* (éd. 1995) mentionne le privilège de juridiction qu'il assimile toutefois au droit de créance en définissant uniquement ce dernier. Le Vocabulaire juridique Capitain, quant à lui, retient une définition de droit pénal : "Droit, en faveur de certains dignitaires, magistrats ou fonctionnaires, d'être jugés, pour les infractions à la loi pénale qui leur sont reprochées, par une juridiction à laquelle la loi attribue exceptionnellement compétence" (Association Henri CAPITAIN, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 1987, dir. G. CORNU). De son côté, P. WIGNY évoque la "garantie d'un tribunal spécial" en faveur des personnes publiques dans leurs litiges avec des particuliers (*op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 11, p. 15). En l'occurrence, il ne s'agit pas d'une juridiction d'exception mais bien de droit commun pour l'administration. Le privilège s'étend de la sorte à un véritable ordre de juridiction séparé. Le privilège de juridiction consiste donc, dans le chef de l'administration française, à être soustraite de la justice ordinaire, dite "de droit commun", pour être traduite devant un ordre de juridiction particulier.

Le fer de lance du système est ainsi le pouvoir judiciaire⁸⁶. Les cours et tribunaux, "loin de pouvoir être dirigés par l'arbitraire, (y) brisent l'arbitraire et assurent le règne de la loi"⁸⁷.

Ce qui distingue fondamentalement les deux ordres juridiques⁸⁸, voire même les oppose⁸⁹, et qui assigne en conséquence un terreau et une perspective très différents aux privilèges étudiés, c'est donc le juge compétent pour apprécier la légalité de l'action administrative. En France, le pouvoir judiciaire n'est juge de l'administration que par exception. En Belgique, il l'est en règle générale. L'existence d'un Conseil d'État en Belgique ne change rien à cet égard. Il crée seulement une illusion d'optique dont il faut se méfier.

La différence structurelle persiste à travers le temps, malgré les évolutions successives, parfois importantes et rarement parallèles, que les juridictions administratives ont connues dans les deux systèmes. Il faut y voir une dialectique subtile entre pragmatisme historique et conceptions distinctes du principe de la séparation des pouvoirs.

1. La dualité de juridiction en France

29. L'arrêt "Cadot". En France, le contrôle est confié à une "justice administrative totalement séparée et distincte de la justice de droit commun"⁹⁰. C'est ce que l'on appelle la dualité des juridictions. Certaines sont tout entières consacrées à l'action administrative.

⁸⁶ Les institutions judiciaires, écrivait MEYER, "ont des rapports si directs avec la forme des gouvernements, qu'il est rare qu'un peuple ait subi une révolution importante dans son existence politique, sans que les lois judiciaires s'en soient ressenties" (I. PLAISANT, alors av. gén. f.f. proc. gén., discours à la séance d'installation de la Cour de cassation, *Bull.*, 1832, p. 9). Une étude relative au devenir de l'organisation du contentieux administratif en France mérite ici d'être mentionnée car elle semble avoir retenu l'attention du Constituant. Elle vise en effet la restitution aux tribunaux ordinaires de questions mal à propos soustraites au fil du temps. Voy. duc de BROGLIE, "Droit administratif. Principes fondamentaux", *Revue française*, 1828, reproduite in *Revue des revues de droit*, 1839, pp. 1 à 24. Avec cette phrase lourde de sens : "Il n'y a qu'une justice; il n'y a qu'une raison et qu'une vérité. Réformez, améliorez l'ordre judiciaire, s'il ne vous semble pas digne de confiance; que si, au contraire, vous l'estimez bon et sage, ne déclinez point, vous gouvernement, son intervention dans les affaires où vos intérêts se trouvent engagés" (p. 2). L'étude a donné lieu à de vives réactions dont écho dans une réponse sous forme d' "Entretien de M. HENRIOT de PANSEY", pp. 115 à 130, "Contenant un examen critique des principes émis sur les tribunaux administratifs par M. le duc de Broglie".

⁸⁷ M. le proc. gén. C. FAIDER évoquant l'article 107 (159) de la Constitution, discours d'installation, *Pas.*, 1871, I, X (adr). Il poursuit en ces termes : "C'est le pouvoir de briser les commandements injustes qui les rend impossibles".

⁸⁸ La différence entre les droits belge et français ne se limite évidemment pas au droit administratif, même si c'est dans cette branche qu'elle est la plus marquée. Les droits civils français et belge présentent également de nombreuses dissemblances, malgré un texte à l'origine identique.

⁸⁹ C. CAMBIER utilise ce terme fort au niveau des principes (*op. cit.*, T. I, 1961, p. 339).

⁹⁰ L. COHEN-TANUGI, "L'avenir de la justice administrative", in "Droit administratif. Bilan critique", *Pouvoirs*, 1988, p. 13. À noter que seule l'administration est en droit de revendiquer la compétence de la juridiction administrative, d'abord par le dépôt d'un déclinatoire de compétence devant le juge judiciaire qu'elle estime indûment saisi, ensuite par l'adoption d'un arrêté de conflit si le déclinatoire est rejeté. Le sens du privilège de juridiction n'en est que plus évident.

Le corollaire de la dualité, mais qui historiquement la précède, il faut le préciser, est l'interdiction générale faite au pouvoir judiciaire de connaître des actes administratifs, à défaut de disposition légale expresse. Elle procède de différents textes qui, tour à tour, l'ont établie et rétablie à travers l'histoire du droit administratif français⁹¹.

Dans le développement de la jurisprudence administrative, un arrêt du Conseil d'État français consacre en particulier qu'il est le juge "de droit commun" en matière administrative. Il s'agit de l'arrêt "Cadot" du 13 décembre 1889⁹². La formule sera reprise dans deux textes légaux postérieurs relatifs au Conseil d'État⁹³ ainsi que dans le décret du 30 septembre 1953, cette fois à propos des tribunaux administratifs⁹⁴.

30. L'arrêt "Blanco". Est-ce à dire que le pouvoir judiciaire n'est jamais compétent dès qu'un acte ou une autorité administrative est concernée par le litige qui lui est soumis ? Sans entrer dans le détail de règles que les précis de droit ou de contentieux administratifs ont déjà du mal à dompter, on peut avancer que seuls les actes de l'État personne civile ou de gestion privée, par opposition aux actes de puissance publique ou de gestion publique, sont

91 Historiquement, l'interdiction procède de la volonté royale, au dix-septième siècle, d'éviter les juges ordinaires, dont les célèbres Parlements, considérés comme trop enclins à s'arroger une partie du pouvoir exécutif et à "mettre la Couronne au greffe". Cette volonté est manifestée dans l'Édit de Saint Germain en Laye du 8 février 1641. À la Révolution, il est fait table rase des institutions de l'Ancien Régime, y compris du Conseil d'État, dans un premier temps. Après quelques hésitations, l'interdiction persiste néanmoins. On préfère en effet favoriser la transformation rapide de l'ordre social en éternant l'action des tribunaux qui, de fait, entrave parfois les mesures révolutionnaires. Le choix se porte ainsi sur l'attribution à l'administration elle-même de la connaissance des litiges administratifs conformément à l'adage "juger l'administration c'est encore administrer". De nombreux textes dits révolutionnaires sont adoptés dans le sens de l'interdiction, à savoir principalement la loi du 22 décembre 1789 - 8 janvier 1790 (article 7), en particulier la loi du 16-24 août 1790 (articles 10, 12 et 13), la loi des 7-14 octobre 1790, la Constitution du 3 septembre 1791, articles 3 et 5, et le décret du 16 fructidor an III. Le Conseil d'État réapparaît en 1802 (formellement par l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII). Mais ce n'est qu'en 1872, après une longue controverse sur son rôle contentieux et malgré une reconnaissance dans les Constitutions de 1848 (articles 71 à 75) et de 1852 (articles 47 à 53), que le Conseil d'État est formellement investi de la justice déléguée (par opposition à la justice retenue). Il reçoit, autrement dit, la compétence par délégation de trancher les litiges administratifs (loi du 24 mai 1872 qui, conçue à titre provisoire, ne sera remplacée que le 18 décembre 1940 sans que soit remise en cause son essence). Dans les faits et dans les consciences, toutefois, il avait déjà acquis le caractère de juridiction. Le Tribunal des Conflits, après une courte apparition de 1849 à 1852, voit le jour en même temps. Il est la conséquence de l'existence de deux ordres de juridictions. À noter toutefois que ni les textes constitutionnels de 1875 ni les Constitutions de 1946 et de 1958 ne consacrent expressément et directement le Conseil d'État. Seulement de manière incidente.

92 C.E.fr., Cadot, 13 décembre 1889, *Rec.*, p. 1.148, concl. JAGERSCHMIDT; S., 1892, 3, 17, concl. et note M. HAURIOU (solution impl. dérogée par l'auteur). L'arrêt est considéré comme mettant fin, hormis quelques exceptions, à la dualité des fonctions remplies par l'administration (administrateur et juge). Il donne ainsi toute sa portée aux lois de 1845 et de 1872 qui se bornaient à attribuer au Conseil d'État le soin de statuer sur le contentieux administratif. Voy. aussi C.E.fr., Bansais, 13 avril 1881, *R.*, 430; *D.*, 1882, 3.51 et concl. Le VAVASSEUR de PRÉCOURT, ainsi que C.E.fr., Bougard, 24 juin 1881, *R.*, 648; *D.*, 1882, 3.51 et concl. GOMEL. L'arrêt "Blanco", abordé ci-dessous (n° 30), évoque encore la compétence de l'"autorité administrative" au sein de laquelle, il faut le rappeler, la juridiction administrative a été créée.

93 Il s'agit de l'article 28 de la loi précitée du 18 décembre 1940 et de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945.

94 En 1953, les tribunaux administratifs (substitués aux Conseils de préfecture interdépartementaux) deviennent les juges de droit commun sur le modèle judiciaire, le Conseil d'État redevenant en conséquence juge d'attribution.

susceptibles de permettre la compétence du juge judiciaire. Les règles de compétence sont donc intimement liées aux règles régissant l'activité administrative.

Tel est l'enseignement de l'arrêt "Blanco" du Tribunal des conflits rendu le 8 février 1873 et, en particulier, des conclusions du commissaire du gouvernement DAVID précédant le célèbre arrêt⁹⁵. Pour le tribunal, la compétence de l'autorité administrative pour connaître de la responsabilité de l'État du fait des personnes qu'il emploie dans le service public dépend du droit qui la régit. Partant du principe que le Code civil régit uniquement les rapports de particulier à particulier, et non entre l'État et les particuliers, le tribunal estime que la responsabilité considérée doit avoir ses règles spéciales "qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés". Il conclut ainsi à la compétence de l'autorité administrative.

31. Un partage de compétence défini par le Tribunal des conflits. En France, la compétence de la juridiction administrative procède ainsi le plus souvent non d'un texte légal écrit, mais de la jurisprudence du Tribunal des conflits statuant sur base de considérations éminemment politiques. On imagine aisément les hésitations auxquelles cette manière de procéder peut conduire. Il en résulte une profonde difficulté à appréhender le partage de compétence entre les deux juridictions.

Cette manière de procéder est la conséquence directe de l'histoire du contentieux administratif français. La compétence du Conseil d'État, et par la suite des juridictions administratives, s'est en effet progressivement imposée à la suite de l'interdiction faite au juge judiciaire de s'immiscer dans les affaires administratives. Mais cette compétence n'a jamais été établie de manière générale par un texte clair. C'est en conséquence la doctrine et la jurisprudence qui se sont évertuées à dégager, en l'absence d'un texte spécial, des solutions concrètes à partir de l'action administrative et de ses spécificités. Elles ont tenté d'appréhender l'action administrative en dégageant une formule ou une notion-clé, dont les plus connues sont la puissance publique et le service public. Ces théories ont le mérite de préciser la nature de l'activité administrative.

95 *D.*, 1873, 3.17. L'arrêt est encore analysé plus loin, au titre suivant (n° 44). Il confirme une solution plus timidement dégagée par d'autres arrêts antérieurs (dont l'arrêt "Rothschild" du 6 décembre 1855, mais rendu par le Conseil d'État, *Rec.*, p. 707) en ce qu'il écarte le dogme de l'irresponsabilité (sur l'idée que souveraineté et responsabilité sont deux notions qui s'excluent, voy. M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960, pp. 30 et 31) pour le remplacer peu à peu (définitivement au début du siècle suivant, y compris en ce qui concerne les actes d'autorité ou de police) par un régime spécifique de responsabilité. Son importance tient surtout au fait qu'il est rendu par le nouveau Tribunal des conflits composé pour moitié de représentants de l'ordre judiciaire, et non plus par le Conseil d'État qui faisait fonction jusqu'alors de tribunal des conflits. Or, l'arrêt tranche précisément une question faisant l'objet, à l'époque, d'un désaccord constant entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. En effet, il était unanimement admis que les actions en dommages-intérêts formées contre l'État par les particuliers ressortissent à l'autorité administrative lorsqu'elles sont fondées sur l'exécution ou sur l'omission de certaines mesures administratives, et ce en application de l'interdiction déjà mentionnée faite au juge judiciaire en matière administrative. Était en revanche controversée la compétence de l'autorité administrative à connaître des mêmes actions fondées sur des fautes ou des négligences personnelles aux agents de l'État dans l'emploi auquel ils sont préposés. Aucun règlement n'est en effet concerné dans cette hypothèse ni ne règle d'ailleurs la question. Convaincue de l'application des principes du Code civil dans ce cas précis, l'autorité judiciaire se prétendait valablement saisie et parvenait ainsi à étendre ses compétences. À l'époque, déjà, telle n'était cependant pas l'opinion de l'ancien tribunal des conflits.

Elles sont toutefois impuissantes à réduire la complexité de l'action administrative à laquelle le juge est confronté. L'appréciation ponctuelle dans un cas précis n'est parfois guère facilitée.

Les règles précises réalisant le partage de compétence ne sont pas importantes en soi. L'important à retenir est qu'elles sont dégagées par la jurisprudence, et que les deux ordres de juridictions sont équipollents en droit français. La ligne de démarcation procède soit d'un texte précis, soit de la séparation des fonctions judiciaire et administrative, interprétée pour l'essentiel par le Tribunal des conflits. De manière très caricaturale, on peut avancer que le domaine du contrôle judiciaire de l'administration est limité à l'action administrative régie par le droit privé. Il faut y ajouter les atteintes les plus graves, c'est-à-dire les plus manifestes, à la propriété privée et à la liberté individuelle, à travers les théories de l'emprise et de la voie de fait.

Le partage est à ce point compliqué qu'il est difficile de le préciser davantage. Il n'est d'ailleurs pas important pour la définition des privilèges, car la jurisprudence concernée est surtout celle du Tribunal des conflits et du Conseil d'État. Les privilèges participent donc de ces règles spéciales définissant le régime des autorités et actes administratifs. Ces règles que la juridiction administrative doit formuler "suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés".

2. L'unité de juridiction en Belgique

32. Une unité fondamentale. La perspective est inverse en Belgique. Au lieu d'être interdits dans le domaine administratif, les cours et tribunaux ordinaires sont véritablement invités à s'immiscer dans l'action administrative par les articles 144 et 145 de la Constitution⁹⁶. Seule une condition est posée à leur intervention. Elle est clairement orientée vers la protection du particulier. La contestation doit porter sur un droit subjectif, c'est-à-dire sur un droit civil ou, le cas échéant, sur un droit politique, si toutefois aucune exception n'est établie par la loi concernant ce dernier.

Le pouvoir judiciaire est relativement bien armé pour éviter l'arbitraire et remédier aux illégalités. Certes, il n'a pas le pouvoir d'annuler l'acte administratif concerné⁹⁷. Cette prérogative est réservée au Conseil d'État⁹⁸ depuis que ce dernier existe. Par contre, il est tenu

⁹⁶ C'est du reste ce qu'indiquent les discussions qui ont eu lieu en 1827, sous le régime hollandais, sur un projet de loi d'organisation judiciaire, dont le Constituant belge s'est ensuite clairement inspiré (C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, pp. 88 à 91) : protéger un pouvoir judiciaire uni et indépendant face à l'emprise d'un exécutif en droit d'élever tout conflit et de déterminer la compétence des tribunaux; limiter toutefois le contrôle judiciaire à la stricte légalité de l'action administrative. Soit des indices d'une grande confiance dans le pouvoir judiciaire. Il semble que l'interdiction faite au juge judiciaire de troubler l'action administrative sous le régime français ait de la sorte été clairement rendue incompatible avec la Constitution. Elle ne pouvait donc pas lui survivre, en application de l'article 188 de la Constitution. Même si l'histoire a démontré le contraire durant un temps considérable, comme relaté aux n°s 85 et s.

⁹⁷ Rem. Cass., 16 avril 1849, *Pas.*, 1849, I, 254.

⁹⁸ Ce qui *a priori* ne va pas de soi. M. le proc. gén. P. LECLERCQ indiquait à cet égard que "L'annulation des actes administratifs et le recours pour excès de pouvoir n'impliquent pas nécessairement la création d'une institution nouvelle; elle implique la création d'un pouvoir nouveau, celui d'annuler les actes administratifs

par l'article 159 de la Constitution de refuser l'application des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, lorsqu'ils ne sont pas conformes aux lois *sensu largo*. Or, il y a somme toute peu de différence pour les parties au litige entre le refus d'application et l'annulation⁹⁹. Le talon d'Achille de la décision judiciaire vise plutôt les tiers, dans la mesure où la portée du refus d'application est évidemment confinée au litige en cause. Seul le Conseil d'État est habilité à annuler un acte administratif avec effet rétroactif et *erga omnes*. Mais cela en vertu d'une "simple" disposition législative, et non de la Constitution.

La dualité de juridictions en droit belge n'est donc qu'apparente. Elle ne l'est au demeurant que depuis 1946 ou 1993, selon que l'on prend pour point de repère la création du Conseil d'État de Belgique ou la consécration explicite de son existence dans la Constitution.

L'unité fondamentale de juridiction peut être déduite de la simple addition d'un Conseil d'État en 1946, car elle est intervenue sans aucune modification de la Constitution en ce qui concerne la compétence exclusive du pouvoir judiciaire. En effet, l'unité de juridiction ne désigne pas l'existence d'un seul type de juridictions et leur compétence étendue à tous les domaines. Des juridictions spécialisées peuvent évidemment exister, ce qui est aussi le cas en France, au-delà de la dualité de principe. L'unité de juridiction en droit belge signifie seulement que, sauf révision constitutionnelle, aucune juridiction spécifique ne peut être créée et avoir pour effet de soustraire l'administration, ou qui que ce soit d'autre, au contrôle subjectif imparti par la Constitution aux cours et tribunaux ordinaires. Une cour administrative ne peut pas exercer le pouvoir judiciaire en Belgique, comme le fait en grande partie le Conseil d'État en France¹⁰⁰. Comme telle, la création du Conseil d'État en Belgique n'a donc pas affecté la différence structurelle essentielle par rapport au droit français. Elle n'a pas non plus entraîné une diminution de pouvoir dans le chef des cours et tribunaux ordinaires, comme l'atteste régulièrement la jurisprudence sur ce point.

33. L'arrêt "La Flandria". Le célèbre arrêt "La Flandria", rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920, permet de prendre définitivement acte de cette différence par rapport au droit français et de mesurer la portée du prescrit constitutionnel belge. Au centre de la démonstration trône une conception de la séparation des pouvoirs propre au droit belge et distincte de celle retenue en France. Elle figure dans la Constitution et est en quelque sorte révélée ou

illégaux, pouvoir qui (...) pourrait même être attribué à la cour de cassation" (note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 322; du même auteur, *op. cit.*, B.J., 1929, col. 178). Dans le même sens : G. DOR, "Le contrôle juridictionnel de l'administration par le pouvoir judiciaire", *Annales de droit et de sciences politiques*, 1935, pp. 277 et 283. Comp. C. CAMBIER, in *Écrits de Cyr Cambier*, *op. cit.*, 1984, pp. 51 à 53; *op. cit.*, 1968, p. 595 et note 3.

⁹⁹ À condition pour le particulier de veiller à demander la réintégration complète dans ses droits depuis l'illégalité commise. Récemment, D. LAGASSE a fait le point à cet égard in "L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'État devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique", note sous Cass., 9 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 265 à 289. L'auteur conclut d'ailleurs à la relative inutilité du Conseil d'État pour le particulier en matière individuelle.

¹⁰⁰ P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 323. *Add.* 324 (et comp. 325) : "Pas plus qu'une loi ne pourrait faire exercer le pouvoir législatif par d'autres institutions que le Roi, la Chambre des représentants et le Sénat, pas plus une loi ne pourrait attribuer le pouvoir exécutif à une autre institution que le Roi, pas plus une loi ne peut faire exercer le pouvoir judiciaire par d'autres que les cours et tribunaux".

redécouverte, à l'époque, par M. le procureur général P. LECLERCQ, alors premier avocat général, et par la première chambre de la Cour de cassation. Une fois n'est pas coutume, l'arrêt de principe contient des développements qui le rendent parfaitement lisible et compréhensible, indépendamment des remarquables conclusions du ministère public.

La Cour ne pouvait pas se départir de manière plus explicite de la théorie française de la séparation des pouvoirs, non sans utiliser un style littéraire qui, s'il n'est pas habituel, convenait particulièrement à la solennité du moment¹⁰¹. Pour mieux consommer le divorce, la Cour identifie "une règle très ancienne du droit public français" que l'expression séparation des pouvoirs servirait aussi à désigner. Elle ne se contente pas d'évoquer le système et la doctrine français actuels. Elle situe cette règle "au temps de l'absolutisme monarchique". Mieux, elle l'identifie à l'Édit de Saint-Germain du 6 février 1641 dans lequel on en trouve l'expression. De même d'ailleurs que dans les lois des 16 et 24 août 1790 et du 16 fructidor an III : ces lois qui ont survécu en droit belge au-delà des occupations. Pour augmenter encore l'effet de ses propos, la Cour trouve utile de citer le texte des dispositions visées. Elle identifie aussi le privilège de juridiction auquel conduit cette règle, à savoir la réduction de la compétence judiciaire en matière civile à la connaissance des litiges entre particuliers.

Suivent les deux attendus solennels qui prononcent le divorce.

" (...) cette "séparation des pouvoirs", née d'un sentiment de méfiance et de défaveur à l'égard des corps judiciaires, et qui permettait à l'administration de disposer souverainement et sans recours de la personne et des biens des citoyens, n'a pas été consacrée dans la Constitution belge; (...) tout au contraire, le régime que celle-ci a organisé est inspiré d'un sentiment de méfiance à l'égard des pratiques administratives des régimes antérieurs et (...) il vise à mettre les droits privés à l'abri des atteintes de l'administration et sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire" (240).

À partir de cette idée qui scelle la différence de régime, la séparation des pouvoirs, consacrée par les articles 25 à 31 de la Constitution belge, devait être appréhendée en termes plus juridiques. La Cour y voit une "règle de partage des attributions" en vertu de laquelle les cours et tribunaux ne sont pas seuls à connaître des limites. Certes, il est interdit aux cours et tribunaux de "faire des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives". Mais il est de même interdit à l'administration de "connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils" (239).

¹⁰¹ À cet effet, les conseillers ont évidemment subi l'influence non négligeable de M. le proc. gén. P. LECLERCQ, dont les conclusions sont particulièrement fouillées. La distance prise par ce dernier, par rapport au système français, témoigne d'une bonne connaissance des deux systèmes juridiques. Le syllogisme suivant l'atteste tout particulièrement. "Le principe fondamental est la compétence exclusive du pouvoir judiciaire pour l'atteinte qui y aurait été portée, et demande réparation. Le principe doit être appliqué, en tenant compte de ce qu'il a été inscrit dans la Constitution par réaction contre la législation française. Suivant la législation française, le Conseil d'État était chargé de protéger les droits civils des particuliers contre les atteintes de l'administration. Cette mission du Conseil d'État, la Constitution la donne au pouvoir judiciaire. Le pouvoir judiciaire est donc compétent pour statuer sur toute demande en réparation d'une lésion à un droit civil, alors même que la lésion résulterait d'un acte administratif" (concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 199).

34. Portée concrète de l'arrêt. En fin de parcours, la Cour n'a pas manqué de souligner la portée concrète du texte constitutionnel et de la révolution jurisprudentielle réalisée par son arrêt à l'époque. Elle est expliquée dans deux attendus que les auteurs et les juges ont pris l'habitude de citer, oubliant presque qu'ils ne sont pas uniques.

En vue de réaliser la protection de tous les droits civils, "(...) la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé". La compétence du pouvoir judiciaire s'impose par conséquent "(...) même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'État, une commune, ou quelque autre personne du droit public, comme aussi au cas où la lésion serait causée par un acte illicite d'administration publique" (239).

En d'autres termes, la définition constitutionnelle de la compétence judiciaire est réalisée en termes de droits plutôt que de personnes ou de justiciables. Avec pour conséquence que, lorsque les décisions administratives ne touchent à aucun droit civil ou politique, le recours à l'autorité judiciaire doit rester inefficace¹⁰².

Ce n'est pas le lieu de les approfondir, mais d'autres dispositions de la Constitution complètent le système belge profondément judiciaire. Ils creusent encore la différence soulignée par la Cour par rapport au droit français¹⁰³. L'administration n'est pas seulement susceptible d'être traduite devant les cours et tribunaux. L'article 159 déjà mentionné fonde le contrôle de légalité de ses actes¹⁰⁴. Il donne "au pouvoir judiciaire une extension qu'il n'avait jamais eue auparavant"¹⁰⁵

¹⁰² Dans ce sens, voy. Cass., 11 décembre 1905, *Pas.*, 1906, I, 57 : " (...) lorsque les décisions du pouvoir exécutif sont prises en matière purement administrative, dans l'intérêt collectif de la société, sans toucher aux droits civils ou politiques de celui qui en poursuit l'exécution ou qui les conteste, le recours à l'autorité judiciaire doit rester inefficace sous peine de conférer au juge, non plus le droit de juger, mais celui de gouverner et de créer d'inextricables conflits" (58).

¹⁰³ P. LECLERCQ voit dans ces dispositions le complément de ce qu'il qualifie l'édifice "révolutionnaire" par rapport au droit français (note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 322). Outre les deux dispositions mentionnées dans le texte, il cite encore, à l'époque, l'article 78 (105) prescrivant que le Roi, auquel appartient le pouvoir exécutif (fédéral), n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution; l'article 67 (108) selon lequel le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution; ou encore l'article 24 (103) au terme duquel nulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics, pour faits de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres (il s'agit de la suppression de la "garantie administrative", abolie en France vers 1870).

¹⁰⁴ À propos de cet article de la Constitution, il est impossible de ne pas mentionner la thèse d'A. ALLEN, *op. cit.*, 2 T., 1984, sp. T. II, pp. 804 et s., n° 433 et s., "résumée" in "De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet", R.W., 1983-1984, col. 1729 à 1756. L'approche historique et comparative choisie par l'auteur révèle les fondements de la disposition, malgré qu'aucune source formelle d'inspiration positive, directe, précise et contemporaine (1831) n'ait pu être trouvée en droit constitutionnel comparé. Seule une sorte de "coutume pré-constitutionnelle" diffuse, selon l'expression de F. DELPÉRÉE, a pu être relevée, dans la mesure où la disposition consacre une volonté affirmée de se départir des droits français et hollandais où (en témoigne aussi l'ancien article 78 de la Constitution) le Roi était considéré comme beaucoup trop puissant. Mais même à défaut de texte, un tel contrôle aurait fini par s'imposer, fût-ce en jurisprudence, par le biais d'un principe général, à l'instar des autres États. À noter que l'article 159 de la Constitution oblige le juge à refuser l'application d'un acte administratif parce qu'il s'agit d'une attribution constitutionnelle dont il n'est pas libre de disposer. À ce sujet, P. LECLERCQ écrit par exemple qu' "En obligeant les cours et tribunaux à refuser d'appliquer les règlements illégaux, la Constitution force le pouvoir judiciaire à entraver l'action de l'administration lorsque cette action est illégale" (concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193, ici 198). L'idée traverse de

et qui est directement contraire, en France, à l'interdiction déjà évoquée. Quant à l'article 158 de la Constitution, il confie le règlement des conflits d'attribution à la Cour de cassation, c'est-à-dire au pouvoir judiciaire, au lieu de le confier à un Tribunal des conflits comme en France¹⁰⁶.

3. La différence avec le droit français

35. L'enseignement. La différence fondamentale avec le droit français, essentielle pour appréhender de manière authentique les privilèges en droit belge, puisqu'ils sont d'inspiration française, est donc que l'interdiction faite en France au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans les affaires administratives (au profit d'un ordre juridictionnel administratif) est remplacée, en droit belge, par l'affirmation constitutionnelle de la compétence du pouvoir judiciaire dans toutes les matières, y compris administratives, dès lors qu'une contestation porte sur un droit civil ou politique. Les deux systèmes sont opposés sur ce point d'une importance capitale. L'article 92 (144) de la Constitution belge a clairement pris le contre-pied de l'interdiction française. Il est inscrit dans la norme fondamentale.

L'action administrative, y compris lorsqu'elle procède de la puissance ou de la gestion publiques, est donc susceptible d'être appréhendée par le pouvoir judiciaire en droit belge. Tout dépend en réalité de l'objet véritable de la demande. La compétence du pouvoir judiciaire ne peut faire aucun doute dès lors qu'est demandée la protection d'un droit civil, voire d'un droit politique, dans la mesure déjà précisée.

En même temps, la compétence judiciaire n'exclut pas nécessairement celle du Conseil d'État de Belgique au contentieux objectif. En dépit de la théorie de l'objet véritable du recours, un recours en annulation et une action judiciaire peuvent très bien être introduits et instruits concomitamment, voire l'un après l'autre, respectivement devant le Conseil d'État et les cours et tribunaux, chacun concernant un contentieux différent, objectif ou subjectif, selon le cas¹⁰⁷.

nombreux arrêts de la Cour de cassation, dont on peut citer plus récemment Cass., 5 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1004, ici 1006; Cass., 10 novembre 1992, *Pas.*, I, 1245, ici 1247 (un "devoir"). Voy. A. ALEN, *op. cit.*, T. II, 1984, n° 447, pp. 832 à 839.

¹⁰⁵ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. V, 1838, "Conflit d'attributions", pp. 297 et 298. Il était évidemment opportun, à l'époque, de permettre explicitement aux cours et tribunaux de refuser l'application d'un acte administratif illégal. On peut toutefois se demander s'il n'y va pas plus généralement d'un moyen parmi d'autres, nécessaires aux juges pour la protection utile des droits subjectifs au sens des articles 144 et 145 de la Constitution.

¹⁰⁶ À noter qu'en 1953, une proposition de révision de l'article 106 ancien de la Constitution visant la création d'un tribunal des conflits fut rejetée par la Chambre des représentants.

¹⁰⁷ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 511 et note 2; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, J.T., 1969, p. 190, n° 22 et note 77; W.J. GANSHOF van der MEERSCH, alors pr. av. gén., "Conseil d'État et tribunaux", concl. conf. préc. Cass., 16 décembre 1965, J.T., 1966, pp. 313 à 318, arrêt p. 319, et *Pas.*, 1966, I, 513, ainsi que L.-P. SUETENS, "Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura", in *Liber amicorum J. Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, pp. 91 à 102. De manière générale, voy. surtout C. HUBERLANT, *op. cit.*, J.T., 1960, pp. 73 à 79, 94 à 100, 109 à 117, 133 à 138 et 151 à 155; J. VELU, *op. cit.*, A.P.T., 1987, pp. 292 à 314; D. LAGASSE, *op. cit.*, R.C.J.B., 2000, sp. n° 7, pp. 273 et 274.

Une telle situation n'est en principe pas envisageable en droit français où la compétence de la juridiction administrative est déterminée selon la nature de l'acte à raison duquel la contestation prend naissance, et non selon la nature du droit¹⁰⁸.

En d'autres termes, le contrôle de l'administration belge n'est pas exclusif dans le chef de la juridiction administrative comme en France. Le juge judiciaire pénètre résolument dans le ressort de l'administration¹⁰⁹. Les fonctions juridictionnelles administratives et judiciaires restent séparées, mais elles ne le sont pas de manière stricte; elles ne sont pas indépendantes.

36. Conséquences. Première conséquence directe du système belge : le contentieux administratif dépasse une conception organique du phénomène juridictionnel pour devenir résolument pluriel à cet égard. La différence devait transparaître notamment dans les études et dans l'enseignement portant sur cet objet précis¹¹⁰.

¹⁰⁸ Comp. P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 329 : "Qu'il soit civil ou politique, réel ou de créance, la contestation à laquelle le droit donne lieu est, normalement, en France, de la compétence administrative, par cela seul qu'elle met en jeu un acte administratif, abstraction faite de la nature du droit sur lequel l'action repose". Tel semble être également le cas en Belgique, à la lecture de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Tel n'est cependant pas le cas dans la Constitution, dont l'article 144 réserve explicitement au pouvoir judiciaire la connaissance des contestations portant sur des droits civils, quelle que soit la nature de l'acte ou de l'autorité l'ayant posé. Au lieu de s'exclure, les deux contrôles sont ainsi susceptibles, en droit belge, de se juxtaposer.

¹⁰⁹ Rem. C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 227 et 228 : "Ce qui est en vue en Belgique, c'est de combattre un régime qui, fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs, arrête l'action des cours et tribunaux. L'objectif est de débarrasser de cet obstacle la pénétration du juge de l'ordre judiciaire dans le ressort de l'administration. Il s'agit de "ramener" l'entreprise administrative dans l'orbite du droit commun en la plaçant sous la juridiction des tribunaux ordinaires. L'enjeu est autre en France. La puissance publique y a déjà ses juges (les juridictions administratives) et son droit. On vise à étendre leur contrôle et à développer leur ressort en réduisant et en contenant les prérogatives que la puissance publique revendique au nom du pouvoir de commandement qu'elle prétend assumer souverainement".

¹¹⁰ En particulier quant à la définition du contentieux administratif dont C. CAMBIER écrit avec réalisme qu'elle "engage la conception même que l'on s'en fait" (*op. cit.*, T. I, 1961, p. 14). L'auteur fait magistralement le point sur la question (*ibidem*, pp. 11 à 17). Alors que les premiers ouvrages consacrés au contentieux administratif le conçoivent selon un critère organique (l'œuvre des juridictions administratives : A. GIRON, *op. cit.*, 1857; M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912; H. VELGE, *L'institution d'un Conseil d'État en Belgique*, Louvain, 1930; voy. aussi M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, p. 2; 5^e éd., 1950, n° 12, p. 35), une nouvelle génération d'auteurs, suivant en cela une voie lentement tracée au fil des évolutions (L. MOUREAU, *L'institution du recours pour excès de pouvoir en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1937, en particulier pp. 16 et s., et avant lui J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857; M. VAUTHIER et ses contributions in R.A., mais aussi *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 494, p. 661; R. MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, Bruxelles, Larcier, 1911 et L. WODON, *op. cit.*, 1920), élargit l'objet de la discipline à l'œuvre judiciaire. Voy. aujourd'hui M. LEROY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996 et P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1997. Voy. aussi L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 14, ainsi que pp. 162 à 169; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, p. 16, n° 20.

Deuxième conséquence : il faut se méfier de la force particulière des représentations collectives qui conduit à reprocher au Conseil d'État de Belgique, par analogie avec le droit français¹¹¹, le trop grand souci de sauvegarder les *privilèges* de l'administration¹¹².

D'abord, le reproche n'est plus fondé en France comme il l'était par le passé. Le Conseil d'État français a fortement évolué, dans son organisation comme dans son contrôle. Il n'est plus du tout celui dont le Constituant belge ne voulait pas en 1831. Plus que le privilège de juridiction, c'est plutôt l'absence d'une véritable juridiction autonome et l'organisation du contentieux qui ont permis longtemps l'arbitraire. En 1831, le Conseil d'État n'était qu'à l'état d'ébauche. Il s'agissait d'un corps consultatif et "la petite section du contentieux, dont Napoléon l'avait doté, se bornait à exprimer des "avis" "¹¹³. Des publicistes influents réclamaient même sa suppression, d'ailleurs frôlée en 1929¹¹⁴. À vrai dire, le Conseil d'État français est le fruit d'une longue histoire et non d'une planification conceptuelle et rationnelle. La séparation de la fonction de juger et de la fonction d'administrer, en particulier, ne sera assurée qu'en 1872. Le Conseil reçoit alors seulement la compétence de trancher les litiges administratifs de manière autonome. Il va sans dire que le Conseil d'État belge instauré en 1946 n'est pas celui connu en France en 1831.

Ensuite et surtout, en droit belge, un contrôle judiciaire s'ajoute le plus souvent au contrôle du Conseil d'État, du moins lorsqu'un droit subjectif est en cause¹¹⁵. Le droit administratif est de

111 Dans ce sens, on retiendra la thèse d'A. MESTRE dont le titre est significatif : *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration : étude sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, L.G.D.J., 1974. À noter que P. LECLERCQ, dans sa note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 328 et 329, s'est attaché à montrer, eu égard à l'expérience française, que la soumission de l'État à un juge spécifique et autonome n'est pas suffisante pour assurer la protection des droits des citoyens face à la puissance publique, ce qui constitue pourtant une exigence fondamentale de la modernité.

112 O. DAURMONT, "Le Conseil d'État, juge naturel de l'administration", in *L'administration en 7 questions*, actes de journée d'études, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 112.

113 M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 63, p. 87. L'idée du contentieux administratif était donc encore "très embryonnaire". C'est seulement *a posteriori* que l'écart s'est creusé entre les deux systèmes.

114 Voy. A. MAST et P. MAROY, "L'intérêt et le droit en tant que critères de la répartition des compétences juridictionnelles", *R.J.D.A.*, 1964, p. 275.

115 En présence d'un Conseil d'État et de juges ordinaires, la modernité impose que les deux contrôles puissent se juxtaposer. Car ce qu'il y a lieu de craindre par-dessus tout, c'est de laisser l'administration souveraine, sans le moindre contrôle, y compris en ce qui concerne l'opportunité. Une telle souveraineté, mieux comprise sous le nom composé de "pouvoir discrétionnaire", apparaît en effet "comme une survivance de la sacralisation du pouvoir au XIX^e siècle, elle-même héritée plus ou moins inconsciemment des doctrines de droit divin qui avaient cours sous l'Ancien Régime" (M. LEROY, *op. cit.*, 1996, pp. 59 et 60, note 3 répartie sur les deux pages). Certes, un compromis doit être trouvé entre une action et un contrôle qui doivent tous deux être aussi efficaces que possible, sans qu'il soit sûr de trouver une combinaison idéale. C'est ce que tente de réaliser le *contrôle marginal* de l'opportunité (Cass., 10 juin 1996, *Bull.*, 1996, 611 et concl. av. gén. J.-F. LECLERCQ; *J.T.T.*, 1996, p. 400 et note; *J.T.*, 1997, p. 197 et concl.; *A.J.T.*, 1996-1997, p. 468 et note J. PUT, "De verhouding bestuur - rechter inzake administratieve sancties"; *R.C.J.B.*, 1997, p. 447 et concl. avec note D. LAGASSE, "Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale"; *R.W.*, 1997-1998, p. 13; *Chron. dr. soc.*, 1997, p. 377). Dès lors que deux juridictions différentes s'attachent à contrôler, chacune avec sa spécificité - l'une un contrôle objectif, l'autre un contrôle subjectif, dans les deux cas un contrôle de légalité, mais pas de pure légalité -, le cumul doit être possible et s'apprécie en fonction de l'objet demandé. L'inconvénient généralement opposé au double contrôle consiste dans la crainte de jurisprudences contradictoires. Un peu comme si la conjonction du contrôle administratif et du contrôle judiciaire compromettrait l'unité du droit applicable à l'administration. L'homogénéité est certes plus difficile à réaliser et il eût été certainement préférable

la sorte "condamné à osciller sans cesse entre les exigences de la légalité, de la stabilité et de la sécurité juridique"¹¹⁶. Cela ne signifie toutefois pas que tout litige puisse nécessairement être soumis aux deux contrôles. Des conditions strictes assortissent en effet chacun d'eux. La règle absolue n'est donc pas la dualité de contrôle. Il en résulte néanmoins une sorte de stimulation collective entre juridictions.

Troisième et dernière conséquence. Un exemple, le plus courant en pratique, permet de bien mesurer la portée de la différence. Au lieu de mettre en cause la responsabilité de l'administration devant le juge administratif comme en droit français, il convient de la porter devant le juge ordinaire en droit belge. Ce type d'action vise en effet une contestation portant par nature sur le droit civil d'un particulier.

L'exclusion par la Constitution belge du "privilège de juridiction que l'administration française avait obtenu"¹¹⁷ est évidemment capitale en ce qui concerne les privilèges étudiés. Dans la mesure où ils se rapportent à l'exécution forcée d'obligations administratives, les privilèges sont en effet de nature à porter atteinte aux droits civils des particuliers. De telles contestations sont donc souvent portées devant les cours et tribunaux en droit belge¹¹⁸, alors qu'elles le sont généralement devant le juge administratif en droit français¹¹⁹.

d'augmenter la compétence d'un tribunal du pouvoir judiciaire, quitte à en aménager l'organisation et la procédure, plutôt que de disperser les contrôles. La situation sur ce point n'est toutefois pas différente du contrôle diffus de constitutionnalité (qui ne vise pas les normes de valeur législative). Aux citoyens et aux juges de s'informer sur l'état des jurisprudences des trois hautes juridictions du pays, les derniers pour tenter de se concilier et de respecter l'autorité de chose jugée qui s'attache à leurs décisions. Une autorité limitée à l'annulation en ce qui concerne le contrôle de légalité opéré par le Conseil d'État (Cass., 9 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 257 et note D. LAGASSE précitée note 99) et donc à la sauvegarde du droit subjectif pour ce qui est du même contrôle par les cours et tribunaux. Cela suppose évidemment des moyens, avant toute chose l'informatisation de toutes les juridictions, en ce compris des juges, ainsi que la conception d'une banque de données brutes officielle ou centralisée et efficace (à savoir complète, rapidement mise à jour, libre et facile d'accès, de même qu'assortie d'un système de consultation performant). À noter qu'on ne souligne jamais l'intérêt du contrôle diffus de légalité, comme s'il était inexistant. Il est pourtant fait de dynamisme (une certaine concurrence stimulante), mais aussi d'un auto-contrôle. N'est-on pas convaincu, à l'instar de Montesquieu, que "le pouvoir arrête le pouvoir" ? La recette peut être efficace à l'intérieur même du pouvoir juridictionnel. Il faut toutefois veiller à créer des "lieux d'homogénéisation" des jurisprudences lorsqu'elles sont susceptibles d'être divergentes.

116 P. LEWALLE, "Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable ?", in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 253.

117 P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 322.

118 On a le plus souvent affaire à "des opérations ou des actes matériels qui n'apportent, par eux-mêmes, aucune modification à l'ordonnement en vigueur" et qui ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État (J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 233, p. 320; rem. aussi A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1745 et C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 232 et note 2 : des actes matériels dont l'objet est d'exécuter et de réaliser les décisions juridiques, mais qui n'en constituent pas). Comme telle, une mesure d'exécution n'est en effet susceptible d'un recours devant le Conseil d'État qu'à la condition d'emporter un pouvoir d'appréciation ayant une incidence juridique (M. LEROY, *op. cit.*, 1996, pp. 202 et 203 ainsi que 208 à 210). En somme, alors que le risque d'un préjudice grave et difficilement réparable laissait augurer une issue souvent positive en matière d'exécution d'office devant le Conseil d'État en suspension, voire en extrême urgence, il semble qu'une grande partie du contentieux administratif de l'exécution échappe au juge administratif pour être principalement localisée devant les cours et tribunaux ordinaires.

119 Comp. F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, T. II.2, Bordeaux, thèse, 1960, p. 14 : la plupart des prérogatives de contrainte se trouvent soumises au juge administratif quant au contrôle de leur légalité.

L'élément peut revêtir une importance considérable dans la perspective d'une théorie juridictionnelle des privilèges en droit belge. Il est en effet probable que ce soit le juge judiciaire qui, en droit belge, ait voix au chapitre, au lieu du juge administratif en droit français.

Avant d'aller plus loin dans ce sens, il convient toutefois de mesurer la conséquence juridique de la différence structurelle, et ce juste après avoir considéré l'évolution des systèmes.

4. Une évolution

37. En droit français. Le souci de "rompre le cordon ombilical" ne doit pas occulter les tendances actuelles enregistrées en droit français et qui vont étrangement dans le sens du droit belge. On a ainsi relevé que "le législateur fait aujourd'hui tellement confiance au juge judiciaire qu'il lui confie, plus ou moins consciemment, le contentieux de pans entiers de ce qui paraissait, naguère encore, relever de l'activité administrative"¹²⁰. Si un mouvement se dessine, il s'inscrit toutefois dans le respect du système exposé ci-dessus, puisque les transferts ponctuels procèdent de textes législatifs exprès.

Le privilège de juridiction a toujours eu ses défenseurs et ses détracteurs¹²¹. Il est néanmoins révélateur de constater que, conscients que la justice administrative est atteinte "par l'érosion progressive de son assise idéologique", les auteurs s'accordent généralement sur un point : "avant de se demander *par qui* l'administration doit être jugée, il convient (en effet) d'admettre sans équivoque qu'elle doit l'être réellement"¹²². Autrement dit, "la justice administrative peut et doit se réformer, (mais) dans le cadre même de la dualité de juridictions"¹²³; elle doit, "dans son fonctionnement comme dans son idéologie, se rapprocher progressivement des formes classiques de la justice"¹²⁴.

¹²⁰ J.-M. LEMOYNE de FORGES, in *L'unité du droit...*, op. cit., 1996, p. 484. À noter qu'en 1935, P. LECLERCQ écrivait déjà, à propos de la création d'une "cour administrative" en Belgique, qu'elle soulève une discussion sur la constitutionnalité parce qu'on veut imiter une institution française qui est toute différente. Et l'auteur d'avertir que l'on a précisément cherché en France à améliorer cette cour "en se rapprochant du système belge sur l'exercice du pouvoir judiciaire" (note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 328).

¹²¹ Et depuis très longtemps. Voy. not. R. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, Giard, 1899. Non sans une certaine admiration pour le système belge, l'auteur s'attache à démontrer que la dualité de juridiction est illégitime et fondamentalement incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif. L'originalité de l'étude consiste sans doute dans ce qu'elle souligne l'absence de fondement réel de cette dualité en droit positif français. L'opinion de l'auteur à propos du système belge est cependant plutôt isolée. À la même époque, on peut par exemple lire chez T. DUCROCQ que la réunion des contentieux administratif et judiciaire entre les mains des tribunaux de l'ordre judiciaire est un "système critiquable". Heureusement (selon lui) la loi belge interdit-elle aux tribunaux de censurer l'acte administratif, sans lui donner un juge de l'excès de pouvoir, et d'empiéter sur les attributions de l'administration, sous peine d'un conflit porté devant la Cour de cassation en vertu de l'article 106 (ancien) de la Constitution. "Il est donc porté devant l'autorité judiciaire elle-même qui (...) paraît avoir la sagesse de rendre ce recours inutile" (T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, T. II, 7^e éd., Paris, Fontemoing, 1897, n° 450, pp. 71 et 72).

¹²² L. COHEN-TANUGI, op. cit., *Pouvoirs*, 1980, resp. pp. 15 et 16.

¹²³ *Ibidem*, p. 18, ad. La locution est ajoutée au texte cité.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 16.

L'histoire de France semble rendre impossible la mise en cause directe de la dualité de juridiction qui reviendrait à oublier "la mise au pas du pouvoir judiciaire et la soustraction de l'État à la règle de droit à la Révolution"¹²⁵. Sans doute l'objectif a-t-il changé aujourd'hui. Mais il persiste néanmoins ce résidu de l'histoire¹²⁶ apparemment incontournable. "Seule une révolution pourrait l'abattre"¹²⁷.

B. La sujétion corrélatrice au droit commun

1. Le lien entre juridiction et droit

38. Le débat. Il est unanimement admis en France que l'interdiction faite au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans les matières administratives n'a pas seulement entraîné la distinction de deux personnes dans l'État et, par la suite, la soumission de l'administration à un juge spécifique. Elle a également conduit à l'émergence d'un droit autonome appelé droit administratif.

Il s'agit là d'un point de vue historique. Car une interminable controverse est née sur le point de savoir qui, de la juridiction ou du droit, détermine en pratique le recours à l'autre. Le problème est venu se greffer sur les épineuses questions du partage de compétences entre les deux ordres de juridiction, d'une part, et, d'autre part, de la définition même du droit administratif. Il ne les a pas simplifiées.

La controverse française procède en réalité de conceptions très rigides du droit. Elle conduit d'ailleurs à la caricature si on l'aborde sous l'angle de la comparaison de deux systèmes. En droit français, le juge administratif aurait l'exclusivité d'un droit administratif dont il ne serait presque pas concevable qu'il se rapproche, voire se calque sur le droit privé, par nature judiciaire. En droit belge, en revanche, l'administration serait entièrement sujette au droit commun.

39. Une question théorique. Déjà sur le plan théorique, une telle conception est fallacieuse.

Malgré une tendance naturelle à le croire, la soumission à un juge commun n'entraîne en effet pas nécessairement la sujétion de l'administration au même droit que les particuliers. Un même

¹²⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹²⁶ M. LEROY, op. cit., 1996, pp. 39 à 68. P. LECLERCQ conçoit en ces termes le contentieux administratif en France en 1935 : il s'agit de "la mise en pratique des lois qui interdisent au pouvoir judiciaire d'apprécier les actes de l'administration", et ce en dépit des aménagements apportés à l'institution "pour lui enlever autant que possible son caractère d'être l'administration juge dans sa propre cause" (note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 329).

¹²⁷ P. DELVOLVÉ, "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire", in *Mélanges René Chapus*, op. cit., 1992, n° 16, p. 145. Et même dans ce cas, "Qui pourrait garantir qu'elle ne proclamerait pas, d'une autre manière, la séparation des autorités administrative et judiciaire ?"

juge peut appliquer des règles différentes selon une catégorie déterminée de justiciables, en l'occurrence selon qu'il s'agit d'un particulier ou d'une administration. Tel est évidemment le cas lorsque la distinction procède directement de la disposition légale appliquée. Mais également à défaut d'une telle norme. L'appréciation du juge peut être influencée, voire déterminée par la prise en compte des particularités d'une catégorie particulière de justiciables que les personnes morales de droit public peuvent constituer, à l'instar des sportifs, des travailleurs, des commerçants, des entrepreneurs ou d'autres encore¹²⁸. Dans cette hypothèse, la marge d'appréciation du juge est souvent plus grande qu'imaginée. Le recours aux principes généraux tend à le confirmer. Même si la marge de manœuvre du juge est à l'évidence plus réduite que celle du législateur. Le principe général de la séparation des pouvoirs n'a-t-il toutefois pas conduit les cours et tribunaux à refuser le contrôle de la gestion publique administrative durant près d'un siècle¹²⁹ ?

Inversement, deux juges différents peuvent appliquer le même droit à deux catégories distinctes de justiciables servant uniquement à déterminer leur compétence respective. Dans ce dernier cas, le risque de régimes distincts est évidemment moins grand qu'en présence de règles différentes au départ. Il est limité à une interprétation éventuellement distincte de règles pourtant identiques. En pratique, il est donc fonction de la clarté des textes.

40. Le lien avec les privilèges. L'étude des privilèges requiert seulement d'effleurer la question pour marquer la spécificité belge à cet égard. Il s'agit uniquement, mais précisément, de tirer les conséquences de la "disparition" d'un ordre juridictionnel administratif en droit belge. Or, il se fait que la soumission de l'administration au juge ordinaire et la sujétion de principe au droit commun semblent avoir (devoir) évolué(r) conjointement.

A priori, pourtant, l'abolition de la dualité de juridiction, prise isolément, ne prouve rien en soi. Elle ne signifie pas automatiquement l'application pure et simple d'un droit strictement commun. Tout au plus peut-il être légitimement attendu de la part du juge qu'il applique dans les grandes lignes des règles identiques à des situations qui, même si elles sont différentes, ne sont pas distinguées par la loi.

À elle seule, l'unité fondamentale de juridiction ne suffit donc pas à établir la nécessité d'une différence fondamentale de contenu dans la conception des privilèges en droit belge. Pour cela, il faudrait démontrer que la dualité de juridictions s'accompagne en pratique de deux régimes juridiques distincts et que la disparition de la première entraîne celle des seconds.

¹²⁸ Aussi n'est-il naturellement pas possible d'assimiler purement et simplement l'État au particulier, ce qui suppose déjà une appréciation concrète de la part du juge. En termes plus forts, à l'estime de M. VAUTHIER, "La plus grave erreur que l'on puisse commettre, ce serait de vouloir appliquer purement et simplement à la faute administrative des conceptions qui ne valent que pour les rapports entre particuliers". Il est aussi utopique de vouloir distinguer deux personnes au sein de l'État que "de prétendre que, dans l'appréciation des actes accomplis par l'administration, on pourra toujours, grâce à une opération mentale, remplacer l'administration par un individu fictif, dont les actes seront assimilables à ceux d'un particulier ordinaire. Cet individu fictif n'a qu'un malheur : il n'existe pas" (X. M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, pp. 63 et 64; voy. aussi, apparemment du même auteur, à propos de la "Personnalité civile", R.A., pp. 421 à 426).

¹²⁹ Sur ce point, voy. *infra*, n° 85 et s.

Tel serait surtout le cas si le premier système dualiste reconnaissait à la jurisprudence administrative un rôle important, voire prédominant. Car si la différence procède uniquement de textes exprès, l'abolition de la dualité de juridictions diminue d'effet quant au contenu. Dans le cas inverse, en revanche, il faut encore tenir compte de facteurs éventuels de rapprochement entre les deux systèmes. À savoir le développement éventuel, par un juge unique, d'une jurisprudence comparable à celle du juge administratif et destinée à tenir compte des spécificités de l'action considérée. Ou, à l'inverse, l'inspiration trouvée par le juge administratif dans le droit commun, dont il ne se départit qu'au besoin.

41. Le contenu du droit. Il faut encore introduire une distinction pour poser adéquatement le problème. Le régime juridique controversé ne concerne pas seulement des règles de droit matériel. Il s'étend aux règles procédurales.

La question est importante pour la définition de notions dont le contenu est éminemment procédural. Or, tel est précisément le cas des privilèges étudiés. Comme annoncé en introduction, ils sont largement réputés viser la présomption de légalité des actes administratifs et leur caractère exécutoire sans l'autorisation préalable du juge. Ils se définissent ainsi directement en fonction de règles de procédure.

La probabilité de voir ces règles changer d'une juridiction à l'autre est évidemment plus grande qu'au sein d'une même juridiction, eu égard à des actes distincts, ou encore comparé à l'application d'un droit matériel identique. De ce point de vue, l'existence ou non d'un privilège de juridiction dans le chef de l'administration influence donc directement la conception des privilèges. À l'évidence beaucoup plus qu'une notion de droit matériel.

42. Conclusion. En somme, il faut éviter les simplifications abusives. La réalité est trop complexe pour la représenter parfaitement. Tout au plus peut-on identifier des tendances. La nécessité d'adapter les privilèges au droit belge dépend à la fois du droit matériel appliqué et de la procédure suivie en France par le juge administratif, mais aussi du comportement adopté par les juges belges (y compris par le juge administratif) à l'égard de l'administration, de ce double point de vue.

L'objet des pages qui suivent est de vérifier l'assertion. D'ores et déjà, cependant, il convient de dévoiler l'issue des travaux. La différence entre les systèmes belge et français prend tout son volume à cet endroit précis. Le droit administratif est apparemment autonome en France et seulement fait de dérogation en Belgique. La réalité n'est toutefois pas aussi tranchée qu'elle pouvait apparaître de prime abord. Elle commande néanmoins une conception spécifique des privilèges, mieux ajustée sur le droit commun. Elle confirme ainsi l'intuition de départ.

2. Un droit administratif autonome en France

43. Le principe. Le privilège de juridiction dont l'administration française bénéficie est un élément objectif relativement facile à établir. Il procède de textes, même si ceux-ci ne sont pas d'ordre constitutionnel. La doctrine peut le critiquer. Mais elle ne peut pas le contester.

L'autonomie du droit administratif, en revanche, est plus difficile à démontrer. Surtout si l'on souhaite dépasser les apparences¹³⁰. Elle procède de l'analyse. Aucun texte ne l'établit formellement. Le principe est cependant dégagé par les auteurs. L'autonomie du droit administratif français par rapport au droit privé est affirmée comme une réalité.

L'autonomie trouve son origine dans l'histoire. La formation du droit administratif français découle en effet de l'existence - il faudrait écrire de l'affirmation progressive - d'une juridiction administrative spécialisée. L'unanimité est parfaite à cet égard¹³¹. En témoignent à la fois le titre de plusieurs traités (surtout parmi les premiers)¹³², la large part réservée au Conseil d'État dans tous les précis de droit administratif, ainsi que l'abondante littérature française parue à son propos. À vrai dire, seule une juridiction administrative était en mesure de remédier à l'interdiction qui tenait le juge judiciaire à l'écart des affaires administratives. C'est-à-dire de dépasser ce qui a constitué jusqu'en 1873 un véritable obstacle au réel développement du domaine juridique de l'administration.

Le phénomène est d'autant plus prononcé que le droit administratif français est, jusqu'au milieu du vingtième siècle et à l'inverse du droit privé, un droit essentiellement *prétorien*¹³³. Face à l'ampleur du silence de la loi en matière administrative, la juridiction administrative n'avait pas d'autre choix que de développer elle-même son droit¹³⁴. À tel point que "les grands arrêts tiennent lieu, en droit administratif, de code annoté"¹³⁵. Ils vont parfois jusqu'à déroger au

¹³⁰ *Contra* : M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 21, p. 64, pour qui l'autonomie du droit administratif français est "incontestable".

¹³¹ De l'aveu même de T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 149.

¹³² Par exemple T. CHEVALIER, *Jurisprudence administrative ou Recueil complet et méthodique par ordre alphabétique des arrêts du Conseil d'État en matière contentieuse avec la législation qu'ils appliquent*, 2 T., Paris, Dupont, Joubert et Vidcoq, 1836; L.A. MACAREL, *Eléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, éd. augm., 2 T., Bruxelles, 1837; D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1865.

¹³³ T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, pp. 54 et s., 249 et s. (en particulier la note 4, p. 250) et 262. Il convient de lire, à cet égard, la préface du précis d'E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), pp. VII à IX.

¹³⁴ Ce qui explique aussi l'essor tardif du droit administratif. Il faut en effet rappeler le contexte révolutionnaire hostile à toute activité normative dans le chef du juge. Avec le temps, néanmoins, au lieu de guider l'administration par des règles précises, à défaut pour le juge administratif d'appliquer le droit commun, la tradition a voulu qu'en France le législateur laisse au juge administratif le soin de dégager les principes. J. RIVERO écrit, à ce sujet, que "le droit administratif français ignore la codification, et la loi écrite, durant les longues décennies de sa formation, n'a joué dans celle-ci qu'un rôle subalterne : elle a décrit des institutions, elle ne s'est pas intéressée aux relations qu'elles entretiennent nécessairement avec les administrés. Le droit administratif, semblable en cela à celui de la Common Law britannique, est essentiellement l'œuvre du juge, et de la Doctrine qui s'est développée à partir de cette œuvre" (préface à T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 13).

¹³⁵ T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 278. Elle est aussi la "véritable source de la doctrine" pour E.

droit écrit sur base de considérations générales¹³⁶ ou de principes généraux, tantôt pour protéger l'administré, tantôt pour permettre l'action administrative. Pour des raisons historiques déjà mentionnées, la grande époque commence, à cet égard, en 1873.

Encore aujourd'hui, en dépit de l'inflation législative, un des principaux caractères du droit administratif français est d'être profondément *prétorien*¹³⁷. Une expression stigmatise cet état du droit de manière adéquate : l'administration française serait "allergique à la règle de droit"¹³⁸. L'existence même du droit administratif est aussi présentée comme un "miracle"¹³⁹ car, pour l'État, cela revient à se soumettre soi-même au droit.

LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. VII.

¹³⁶ Le droit administratif est ainsi présenté comme n'étant pas et ne pouvant pas être un droit comme les autres, comme s'insérant "dans ces problèmes fondamentaux de la science politique que sont les rapports entre l'État et le citoyen, l'autorité et la liberté, la société et l'individu" (P. WEIL et D. POUYAUD, *Le droit administratif*, 16^e éd., Paris, P.U.F., 1994, p. 5). M. HAURIU parle d'une véritable "politique jurisprudentielle" (J. CHARMONT, "Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile", *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, p. 843). Rem. aussi B. GENY, "De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif", in ... *Livre jubilaire*, *op. cit.*, 1952, pp. 277 à 293 et l'exemple cité de la garantie administrative des fonctionnaires de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII supprimée par décret en 1870 avec l'aval artificiel de la jurisprudence administrative. Add. C. EISENMANN, "Le droit administratif et le principe de légalité", *E.D.C.E.*, 1957, pp. 25 à 40 et les "pouvoirs jurisprudentiels", sp. n° 21, pp. 38 et 39; M. SOMERHAUSEN, "Les principes généraux du droit administratif", in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, *Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX*, T. IV (§ 113), Madrid, Instituto de estudios de administracion local, 1969, n° 18, pp. 487 et 488.

¹³⁷ P. DUEZ et G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, n° 10, p. 4; M. WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., T. I, Paris, Sirey, 1963, p. 19, n° 25; F.-P. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1968, n° 9, pp. 10 et 11; M. BOURJOL, *Droit administratif*, T. I, Paris, Masson, 1972, pp. 17 et 18; J.-L. de CORAIL, *Cours de droit administratif*, Paris, Cujas, 1976-1977, pp. 45 à 47; A. DEMICHEL, *Le droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1978, pp. 74 à 77; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *Droit administratif*, 3^e éd., Paris, Colin, 1991, pp. 48 et 49; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 12^e éd., T. I, Paris, P.U.F., 1992, pp. 88 à 91; G. PEISER, *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 6 : une théorie générale du droit administratif élaborée par le juge; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 13^e éd., T. I, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 13 à 16, n° 6 à 8 bis; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, pp. 9 et 10; J.-M. de FORGES, *Droit administratif*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1995, p. 12; J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 27, pp. 25 et 26; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. I, 11^e éd., Paris, Domat droit public Montchrestien, 1997, n° 11, pp. 6 et 7; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1997, p. 14. Add. J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, pp. 813 à 846. Rem. toutefois J. RIVERO, "Le juge administratif : un juge qui gouverne", in *Pages de doctrine*, *op. cit.*, T. II, 1980, pp. 303 à 312, grâce aux principes généraux (source d'une certaine insécurité); D. LINOTTE, "Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif", *A.J.D.A.*, 1980, pp. 632 à 639 et la réponse de S. RIALS, "Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge", *A.J.D.A.*, 1981, pp. 115 à 118 concluant à un déclin qualitatif; M. WALINE, "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", in *Mélanges en l'honneur de G. Scelle, La technique et les principes du droit public*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1950, pp. 613 à 632 (voire face à l'autorité réglementaire) (la jurisprudence liée aux privilèges y est renseignée); G. VEDEL, "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", *E.D.C.E.*, 1980, pp. 31 à 46 (dont le droit de la décision exécutoire) : "La jurisprudence fournit le droit commun et la législation le droit d'exception" en "collaboration".

¹³⁸ C'est-à-dire à toute règle de droit. L'expression est de L. COHEN-TANUGI, *op. cit.*, *Pouvoirs*, 1980, p. 18.

¹³⁹ P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 3. Cons. aussi M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. XII à XIV.

Historiquement parlant, on peut donc affirmer que la dualité de juridiction¹⁴⁰ a engendré une dualisation du droit français et, en particulier, l'autonomie du droit administratif par rapport au droit privé. Le privilège de juridiction a secrété un "privilège de droit".

44. L'arrêt "Blanco". La jurisprudence administrative est aujourd'hui encore imprégnée du contexte difficile dans lequel elle a connu le jour. La recherche de la spécificité administrative est permanente. Jusqu'à devenir parfois une obsession.

Naturellement suivis en cela par la doctrine, le Tribunal des conflits et le juge administratif se sont en effet surtout attachés, dans un premier temps, à préciser la séparation des "pouvoirs" respectifs¹⁴¹ et la particularité qui en découle en ce qui concerne l'action administrative.

Un arrêt célèbre du Tribunal des conflits traduit parfaitement cet état du droit administratif français. Il s'agit de l'arrêt "Blanco" déjà évoqué ci-dessus, rendu le 8 février 1873¹⁴². L'action intentée par le sieur Blanco contre le préfet du département de la Gironde, représentant de l'État, avait pour objet de faire déclarer l'État civilement responsable par application du droit commun, à savoir des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil. Le dommage dont il était demandé réparation résultait de la blessure de sa fille de cinq ans, renversée par un wagonnet chargé de tabacs que quatre ouvriers employés par l'administration des tabacs conduisaient à travers la rue qui sépare le magasin du hangar de l'établissement concerné. Introduite devant le tribunal civil de Bordeaux, l'action a donné lieu à un jugement repoussant le déclinatoire de compétence invoqué par le préfet, tant à l'égard des ouvriers qu'à l'égard de l'État. L'arrêt de conflit, à l'origine de l'arrêt commenté, a revendiqué la connaissance de l'action en faveur de l'autorité administrative, mais uniquement en tant qu'elle était dirigée contre l'État, laissant ainsi sans conteste à l'autorité judiciaire le droit de connaître du débat entre le sieur Blanco et les ouvriers.

L'autonomie du droit administratif ne pouvait pas être mieux affirmée par le Tribunal des conflits¹⁴³. Il considère en effet

"que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier; (...) cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; (...) elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés; (...) dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées (les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, l'ordonnance du 1^{er} juin

¹⁴⁰ Et, avant elle, les différentes interdictions faites au juge ordinaire de troubler l'action administrative, mais d'une manière plus indirecte.

¹⁴¹ Avec le recul souhaité, T. FORTSAKIS écrit à ce propos que "Tout le développement futur du droit administratif devait rester marqué par cette naissance difficile qui a reposé sur l'interprétation délicate de notions premières telles que "fonction administrative", "opération des corps administratifs", "administrateur", "acte administratif", etc." (*op. cit.*, 1987, p. 239).

¹⁴² T.C., Blanco, 8 février 1873, D., 1873, 3, 17 et concl. comm. gouv. DAVID. La décision n'est pas la première du genre, mais elle est la plus importante et la plus significative en droit français. Voy. *supra*, n° 30.

¹⁴³ La note, parue sous le sommaire de plusieurs espèces recensées avec l'arrêt "Blanco" dans la revue précitée, indique à son égard que la décision est "motivée uniquement en droit et conçue dans des termes aussi absolus que les arrêts du Conseil d'État ayant la forme la plus doctrinale".

1828 et la loi du 24 mai 1872), l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître" (22).

La formule dépasse évidemment le domaine de la responsabilité. Elle doit être étendue à l'ensemble du droit administratif¹⁴⁴.

45. Commentaire. Le raisonnement tenu par le Tribunal est tautologique, voire idéologique. En effet, la compétence administrative est déduite du principe de règles spéciales en matière de responsabilité publique. Pourtant, ces règles n'existent pas. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement explique en effet d'entrée de jeu que les lois spéciales aux services concernés "n'ont pas pris soin de régler cette responsabilité et de désigner celle des deux autorités qui serait chargée de l'apprécier" (20).

Aussi, la seule manière de comprendre le raisonnement du tribunal est de voir dans le dispositif de l'arrêt une invitation adressée à l'autorité administrative, plus tard au juge administratif, de formuler elle(lui)-même ces règles spéciales. Deux critères lui sont d'ailleurs fournis : les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés.

Au lieu de l'existence de règles spéciales applicables à l'administration, il semble donc que ce soit l'inapplicabilité de principe des règles de droit commun qui détermine la compétence administrative¹⁴⁵. En l'occurrence leur inapplicabilité par l'autorité judiciaire, sous peine de présumer à tort que le juge administratif n'est pas libre d'appliquer le droit privé. On retrouve ainsi l'application du principe inextricable de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire. Les conclusions du commissaire du gouvernement DAVID précédant l'arrêt "Blanco" l'attestent :

"À la vérité, nous avons reconnu que l'État, comme propriétaire, comme personne civile capable de s'obliger par des contrats dans les termes du droit commun, était, à ce double point de vue, dans ses rapports avec les particuliers, soumis aux règles de droit civil. Mais il ne s'agit pas de l'État propriétaire ou personne civile; il s'agit de l'État puissance publique, à qui l'on vient demander compte d'un dommage causé par ses préposés dans l'accomplissement de leur service. Or, en principe général, l'État puissance publique n'est pas soumis aux règles de droit civil; il ne l'est pas non plus à la compétence judiciaire; il ne pourrait en être autrement que si une loi l'avait formellement déclaré" (21).

46. Conclusion. Les développements qui précèdent indiquent à quel point il peut être vain et abstrait de se poser la question de savoir qui, de la juridiction ou du droit, précède et détermine

¹⁴⁴ J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 15, n° 12.

¹⁴⁵ À croire R. JACQUELIN, en France, en 1899, lorsque l'État est déclaré exceptionnellement responsable, ce n'est pas dans les termes du droit commun, mais seulement en vertu d'une idée d'équité qui peut varier suivant les besoins du service (*op. cit.*, 1899, p. 278). Le principe fait penser à l'ancien régime dont de TOCQUEVILLE écrivait que le Conseil n'est pas soumis à des règles fixes comme le juge ordinaire, car il peut y déroger dans un but utile (p. 279). Voy. aussi p. 296.

le recours à l'autre, en l'absence d'un texte exprès¹⁴⁶. Seul un lien très marqué peut être constaté entre l'existence d'une juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire et celle d'un droit administratif distinct du droit privé. Le droit administratif français est résolument *prétorien*. Et la tradition veut qu'il soit *spécifique*¹⁴⁷. La doctrine a même fini par

¹⁴⁶ La technique juridique impose de considérer la compétence comme précédant le fond. Mais, en pratique, compétence et fond sont intimement liés, d'abord dans la loi, ensuite ou à défaut dans l'esprit du juge, y compris dans celui du Tribunal des conflits. Le constat vaut pour toutes les matières, en droit français comme en droit belge, ou encore en droit international privé. En droit administratif français, la question a fait couler beaucoup d'encre. On se reportera utilement à R. CHAPUS, note sous T.C., Moritz, 26 mai 1954, D., 1955, J. 385 et C. EISENMANN, "Le rapport entre la compétence juridique et le droit applicable au droit administratif", in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, T. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 379 à 403; M. WALINE, "À propos du rapport entre la règle du droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent", *R.D.P.*, 1961, pp. 8 à 20. Add. J. RIVERO, "Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?", in *Pages de doctrine*, op. cit., T. II, 1980, pp. 313 à 328.

¹⁴⁷ La spécificité du droit administratif français est très généralement soulignée par les auteurs depuis son origine. Les conceptions ont néanmoins varié selon les époques concernant la place du droit administratif par rapport au droit privé. Il faut dire que le droit privé préexiste au second en termes de formulation théorique. Ce qui explique pourquoi tous les auteurs ont toujours situé le droit administratif par rapport au droit privé (voy. T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, not. note 221, pp. 80 et 81, p. 114 ainsi que pp. 130 et s.). Le débat n'a toutefois jamais débouché sur l'assimilation. Il a toujours eu lieu en termes d'opposition ou de rapprochement.

En 1840, de CORMENIN voyait dans le droit administratif "une science véritable et complète qui touche, d'un côté, au droit civil et, de l'autre côté, au droit politique. Il a sa législation ... Il a sa jurisprudence dont les règles sont assises sur des précédents bien définis et dont les arrêts ne referment pas plus d'antinomie que ceux de la Cour de cassation. Il a une haute juridiction. Il a une procédure brève ... Il a un enseignement spécial ... Il a des Recueils d'arrêts, des Expositions de principes et de Traités ... Son étude importe à plusieurs millions de Français" (*Droit administratif*, Paris, 1840, T. I, p. XLIII, éd. citée par T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, p. 24). Pour T. DUCROCQ, "Le droit public, dont le droit administratif fait partie, a des principes qui lui sont propres, distincts de ceux du droit privé. Par leur objet et leur nature, ces principes du droit administratif sont réfractaires aux cadres du Droit civil" (op. cit., T. I, 7^e éd., 1897, p. XXVIII). Selon M. HAURIU, un régime juridique spécial existe pour l'administration. Il est construit à partir de données générales, tels la notion de volonté, d'acte ou d'obligation, mais qui revêtent un sens différent de celui donné en droit privé. L'autonomie du droit administratif se traduit par l'affirmation de principes fondamentaux qui lui sont propres (T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, p. 114). "Dans un régime administratif, il n'y a pas une seule espèce de lois, mais il faut distinguer les lois ordinaires et les lois administratives" (M. HAURIU, op. cit., 11^e éd., 1927, p. 2). Il est d'une bonne méthode d'étudier séparément les deux espèces de droit (droits de puissance publique et droits de personne privée) car "il reste toujours cet intérêt capital à la distinction, que les règles du droit dans cette matière se rapprochent bien plus des règles du droit privé, et que les contestations, s'il s'en élève, sont normalement de la compétence des tribunaux ordinaires, tandis que celles suscitées par l'exercice des droits de puissance publique sont normalement de la compétence des tribunaux administratifs" (M. HAURIU, op. cit., 3^e éd., 1897, p. 556, idr). Voy. encore E. LAFERRIÈRE, op. cit., T. I, 1887 (1889), p. 624 (en matière de responsabilité); G. JÈZE, op. cit., 3^e éd., T. III, 1930, pp. 158 et 159; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1943, pp. 42 et 43 ainsi que 47 et 48; P. DUEZ et G. DEBEYRE, op. cit., 1952, p. 4, n° 11; M. STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1954, pp. 35 et 36; M. WALINE, op. cit., 9^e éd., T. I, 1963, pp. 35 et 36; F.-P. BENOIT, op. cit., 2^e éd., 1968, pp. 53 à 73, n° 74 à 101; M. BOURJOL, op. cit., T. I, 1972, p. 18; J.-L. de CORAIL, op. cit., 1976-1977, pp. 47 à 49; A. DEMICHEL, op. cit., 1978, p. 76; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, op. cit., 3^e éd., 1991, pp. 48 et 49; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, op. cit., 12^e éd., T. I, 1992, pp. 77 à 79; G. PEISER, op. cit., 16^e éd., 1993, pp. 4 et 5; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, op. cit., 13^e éd., T. I, 1994, pp. 21 à 23, n° 17 à 21; P. WEIL et D. POUYAUD, op. cit., 16^e éd., 1994, pp. 9 et 10, ainsi que 65 à 73; J.-M. de FORGES, op. cit., 3^e éd., 1995, p. 12; J. RIVERO et J. WALINE, op. cit., 16^e éd., 1996, n° 12 et 13, pp. 15 et 16, ainsi que p. 17, n° 16 et p. 24, n° 25; G. BRAIBANT et B. STIRN, op. cit., 4^e éd., 1997, pp. 25 et 26; R. CHAPUS, op. cit., T. I, 11^e éd., 1997, n° 10, p. 5; J. MORAND-DEVILLER, op. cit., 5^e éd., 1997, pp. 13 et 14; C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs*, 4^e éd., T. II, Paris, P.U.F., 1998, pp. 34 à 36 ainsi que 39 et 40. Add. J. PETOT, "Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français", *R.D.P.*, 1965, pp. 369 à 398.

trouver un fondement constitutionnel à cette spécificité¹⁴⁸.

L'autonomie¹⁴⁹ est plus adéquate que la spécificité pour évoquer le caractère dominant du droit administratif français par rapport au droit privé. Le terme est en effet plus souple. Il est moins déterministe. Car l'autonomie est synonyme de liberté et d'indépendance, mais pas de différence.

Or, si s'est rapidement avéré en pratique qu'en l'absence de texte, le juge administratif, pour forger le régime administratif, a pris l'habitude de partir du droit privé, qualifié de la sorte de "droit commun"^{150 151}.

¹⁴⁸ G. VEDEL, op. cit., *E.D.C.E.*, 1954, n° 42, pp. 42 et 43 et n° 50, pp. 45 et 46, à travers la notion constitutionnelle de pouvoir exécutif et sa mission constitutionnelle d'exécuter les lois (la mise en œuvre de la puissance publique).

¹⁴⁹ L'évolution de la jurisprudence administrative s'est en effet constamment réalisée dans le sens de l'autonomie conceptuelle de plus en plus affirmée par rapport au droit privé (selon T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, p. 337) jusqu'à "l'autofinancement conceptuel" (p. 345). Sur le caractère autonome du droit administratif français : P. DUEZ et G. DEBEYRE, op. cit., 1952, p. 4, n° 11; M. STASSINOPOULOS, op. cit., 1954, pp. 35 et 36; M. WALINE, op. cit., 9^e éd., T. I, 1963, pp. 34, n° 46; L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1966, pp. 372 à 378; M. BOURJOL, op. cit., T. I, 1972, p. 18; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, op. cit., 3^e éd., 1991, pp. 47 à 49; G. PEISER, op. cit., 16^e éd., 1993, pp. 4 et 5; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, op. cit., 13^e éd., T. I, 1994, pp. 29 à 48, n° 24 à 45; P. WEIL et D. POUYAUD, op. cit., 16^e éd., 1994, p. 10; J.-M. de FORGES, op. cit., 3^e éd., 1995, p. 12; J. RIVERO et J. WALINE, op. cit., 16^e éd., 1996, n° 12 et 13, pp. 15 et 16, ainsi que p. 17, n° 16 et p. 24, n° 25; R. CHAPUS, op. cit., T. I, 11^e éd., 1997, n° 10, p. 6; J. MORAND-DEVILLER, op. cit., 5^e éd., 1997, p. 15. Rem. C. DEFFIGIER, "La conception du droit administratif à travers les introductions des traités et manuels du droit administratif", *R.J.C.O.*, 1993, pp. 109 à 148, sp. p. 111 et la divergence de façade à propos de l'autonomie. Add. G. VEDEL, op. cit., *E.D.C.E.*, 1954, pp. 21 à 53 et C. EISENMANN, op. cit., *R.D.P.*, 1972, pp. 1345 à 1422. Add. F. MODERNE, op. cit., T. II, 1960, p. 18; A. de LAUBADÈRE, "Réflexions sur la crise du droit administratif français", in *Pages de doctrine*, op. cit., T. II, 1980, pp. 177 à 186; J.-P. BUFFELAN, "Les grandes théories de base du droit administratif français", *R.J.D.A.*, 1967, pp. 233 à 270, note préliminaire C. HUBERLANT. Add. F.-P. BENOIT, "Juridiction judiciaire et juridiction administrative", *J.C.P.*, 1964, I, 1838, sp. n° 18 à 26 et le faux mythe ou dogme *a priori* du droit civil - droit commun : l'État implique nécessairement des privilèges; T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, pp. 332 et 333, ainsi que notes 500 et 511.

Pour une critique serrée de cette conception : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., T. I, Paris, Boccard, 1927, §§ 64 à 66 (sauf concernant la sanction); C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, T. I, Paris, L.G.D.J., 1982 (années 1951-1952, 1952-1953 et 1954-1955), resp. "Définition et structure du droit administratif", "Le droit applicable à l'administration" et "Régimes de droit public et régimes de droit privé", dont (année 1951-1952), p. 152 : "La dualité de régimes court tout au long (si l'on peut s'exprimer ainsi) de chaque division et subdivision du corps de l'administration, comme elle pénètre chacune de ses grandes fonctions ou activités", car le droit applicable se détermine au détail, pas par grand(e)s tranches ou ensembles; "Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e siècle au XX^e siècle)", *R.D.P.*, 1952, pp. 903 à 979, sp. pp. 966 à 979, n° 60 à 73; "Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif", in *Hommage à Enrique Sayagues-Laso*, op. cit., T. IV (§ 113), 1969, pp. 417 à 438 : une autonomie limitée par rapport à un droit - le droit privé -, à une source - la jurisprudence -, et à quelques règles relativement spéciales; une "synthèse inexacte du droit positif", un "dogme figé et périmé" auquel le dualisme fondamental est préférable.

¹⁵⁰ À la seule lecture de l'arrêt "Blanco", l'expression n'est évidemment pas très heureuse. Elle est toutefois communément admise dans le langage juridique. Elle traduit la réalité du droit positif.

Le rapprochement des jurisprudences judiciaire et administrative n'emprunte toutefois pas un sens unique. R. CHAPUS l'a établi de manière magistrale en matière de responsabilité : *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1952. F. LLORENS en matière contractuelle : *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Paris, L.G.D.J., 1981 et la critique de la dualité

152 La précaution commande l'utilisation des guillemets. En effet, comment peut-on déroger à un droit dont l'autorité ne s'impose en principe pas au juge administratif ? Sous un autre angle : le droit administratif comprend-il, en plus des règles spéciales, les règles ordinaires d'inspiration privée lorsqu'elles sont appliquées par le juge administratif ? Sur la question à la fois difficile et controversée, voy. BOUCHENÉ-LEFER, "Quel est le véritable objet du droit administratif ?", *Revue pratique de droit français*, 1864, pp. 105 à 110; J. RIVERO, "Existe-t-il un critère du droit administratif ?", *R.D.P.*, 1953, pp. 279 à 296 : la dérogation au droit commun se fait "du plus et du moins" (p. 289), mais le droit administratif ne peut se définir par rapport au droit commun (p. 294 : "une vérité historique") par l'étude comparée; C. EISENMANN, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1952, pp. 903 à 979; du même auteur, *op. cit.*, T. I, 1982, (année 1951-52) "Définition et structure du droit administratif", (année 1954-55) "Régimes de droit public et régimes de droit privé", (année 1952-53) "Le droit applicable à l'administration"; R. CHAPUS, "Le service public et la puissance publique", *R.D.P.*, 1968, pp. 235 à 282 et en réponse : P. AMSELEK, "Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente", *A.J.D.A.*, 1968, pp. 492 à 514; J.-C. VÉNEZIA, "Puissance publique et puissance privée", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 363 à 378; J. BOULOUIS, "Supprimer le droit administratif ?", in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, pp. 5 à 12 (des obstacles insurmontables); J. CHEVALIER, "Le droit administratif, droit de privilège ?", in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, pp. 56 à 70; C. DEBBASCH, "Le droit administratif, droit dérogatoire du droit commun ?", *Mélanges René Chapus*, Droit administratif, Paris,

Tel est bien le cas en droit belge. Une ombre plane irrésistiblement sur la doctrine majoritaire. Il s'agit du droit français. Les privilèges ne sont pas seuls à avoir été importés. La manière de concevoir le droit administratif l'a été aussi. C'est elle que l'on rencontre dans les ouvrages

157 J. RIVERO, "Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif", in *Pages de doctrine*, op. cit., T. II, 1980, p. 498.

généraux ou les études portant sur les privilèges. La tendance est de considérer que l'administration n'est pas soumise aux règles civiles.

Il s'agit toutefois de dépasser ce qu'on peut lire en doctrine et de se forger une opinion propre. Il convient donc de vérifier la réalité du droit. Ce qui sera fait en détail dans le titre II, en matière d'exécution forcée.

Il est même loisible d'aller plus loin et de revendiquer, pour l'avenir, une différence plus marquée par rapport au droit français, en vertu du système constitutionnel belge. Il est en effet possible que la réalité du droit ne corresponde pas avec ce qu'elle devrait être. Il convient d'évoquer la question en toute objectivité.

48. L'arrêt "La Flandria"¹⁵⁸. C'est à nouveau l'arrêt "La Flandria" du 5 novembre 1920 qui stigmatise avec le plus de justesse la différence de principe par rapport au droit français en ce qui concerne le droit applicable à l'autorité administrative en droit belge.

On a vu précédemment que les auteurs et les juges ont pris l'habitude de retenir de l'arrêt deux attendus déjà cités. Ces attendus soulignent la définition constitutionnelle de la compétence judiciaire en termes de droits plutôt que de personnes ou de justiciables. Ce faisant, les auteurs limitent toutefois la portée de l'arrêt au principe du contrôle judiciaire de l'action administrative. Ils oublient en effet deux autres passages très importants, car ils abordent la question précise de la sujétion des personnes de droit public au droit commun.

Le premier extrait indique que les termes de l'article 92 (144) de la Constitution ont

"mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent, et confié aux cours et tribunaux la mission de réparer les atteintes portées à ces droits" (239, idr).

Le second passage indique, quant à lui, que

"tel qu'il ressort des articles 24, 67, 78, 92, 93, 106 et 107, et qui est à l'opposé du droit public de la Révolution française et de l'Empire, les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi; qu'ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils et que, s'ils lèsent l'un de ces droits, le pouvoir judiciaire peut déclarer que leur acte a été accompli sans pouvoir, qu'il est donc illégal et constitutif de faute et accorder la réparation du préjudice ainsi causé, ce que faisant il fait œuvre non d'administrateur mais de juge d'une contestation dont l'objet est un droit civil" (240, idr).

49. Le dispositif de l'arrêt. Plus encore que les termes de l'arrêt, qui peuvent être sujets à interprétation¹⁵⁹, c'est son dispositif qui réalise la sujétion constitutionnelle¹⁶⁰ et, par principe, de l'administration à l'ensemble du droit commun.

En effet, la Cour applique formellement¹⁶¹ les articles 1382 et 1383 du Code civil à l'autorité administrative. Par analogie, exactement comme en droit français, il doit en aller de même concernant les autres dispositions du Code civil (et les lois qui le complètent). *A priori*, aucun motif valable ne justifie une solution différente ou opposée. Pour autant, évidemment, que l'hypothèse visée par ces dispositions soit rencontrée. À condition aussi qu'une norme de force équivalente ou supérieure ne soit pas venue déroger à leur dispositif¹⁶². Mais il s'agit là de principes ordinaires.

On peut donc conclure que l'arrêt va plus loin qu'établir la seule compétence judiciaire à connaître des actes administratifs. Il lui assigne des règles de fond identiques à celles des particuliers. Il fait "rentrer sous l'empire du droit civil l'État qui tentait constamment d'en sortir et de ne pas être régi par lui"¹⁶³.

50. Un rendez-vous manqué en doctrine. Le message de la sujétion de l'administration à toutes les règles du droit privé est cependant passé inaperçu en doctrine. Et, par voie de conséquence, également en jurisprudence. Si bien qu'aujourd'hui il peut paraître saugrenu d'oser soutenir que les personnes de droit public sont *entièrement* soumises au droit commun, à défaut pour le législateur d'y avoir expressément dérogé¹⁶⁴.

Pourtant, le risque réel de la sujétion est très limité en pratique (a). Les auteurs et les juges ne s'exposent donc pas de manière inconsidérée en assumant jusqu'au bout la différence par rapport au droit français. De plus, on ne peut pas dire que la question du rapport entre droits administratif et privé ait été passée sous silence (b). Au contraire, le sujet est devenu incontournable dans les ouvrages généraux.

¹⁵⁹ Ce qui explique plusieurs interventions ultérieures humblement destinées à "interpréter correctement" l'arrêt: à "attribuer au langage de la Cour suprême sa véritable signification" (X (M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, pp. 56 et 57), ou encore à livrer la "portée" de l'arrêt (P. LECLERCQ, *op. cit.*, Pas., 1933, 225, mais aussi X, *Ann. not.*, 1921, p. 22).

¹⁶⁰ L'article 108 de la Constitution, en particulier, indique clairement que le Roi ne peut jamais ni suspendre les lois ni dispenser de leur exécution, pas même et *a fortiori* lorsque son gouvernement ou celui d'un autre exécutif est directement concerné. Les lois spéciales rappellent la disposition en ce qui concerne les communautés et les régions. Voy. *infra*, titre II, n° 416.

¹⁶¹ Implicitement, de l'avis de M. CORNIL, "Portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1920. Sujétion des pouvoirs publics au droit civil", B.J., 1939, col. 450.

¹⁶² C'est au demeurant la dérogation légale qui permet la coexistence *a priori* parfaitement compatible du droit commun et de la puissance publique.

¹⁶³ P. LECLERCQ, *op. cit.*, Pas., 1933, 225. Par cette formule, le haut magistrat fait montre de résumer les propos pourtant différents de P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, pp. 328 et s. et H. VELGE, *op. cit.*, 1930, pp. 244 et s. Elle est relatée sans référence par M. CORNIL, *op. cit.*, B.J., 1939, col. 450.

¹⁶⁴ Il s'agit là d'un pléonisme, mais non dépourvu d'une certaine utilité. Le droit commun est en effet défini par Le Nouveau Petit Robert comme les "règles générales applicables à toutes les situations, lorsqu'il n'y a aucune dérogation particulière" (éd. 1995).

¹⁵⁸ "Voilà le moment de joie: celui de l'analyse de l'arrêt": G. VEDEL, *op. cit.*, E.D.C.E., 1980, p. 36.

Néanmoins, l'inapplication des règles du droit privé est restée une constante en doctrine belge (c). Plus exactement, l'avancée évidente réalisée par l'arrêt "*La Flandria*" a été cantonnée durant de nombreuses années au domaine de la responsabilité de l'administration.

Le principe de la différence témoigne en soi d'une influence persistante de la doctrine française en droit administratif belge. Il faut toutefois tempérer les références parfois trop radicales aux auteurs français, jusque dans les expressions. Le droit administratif belge n'est pas aussi autonome que le droit administratif français. On peut parler d'un "compromis à la belge" à cet égard (d). Le droit administratif belge est un droit dit d'exception ou encore de dérogation.

a. Le faible risque de la sujétion

51. Un droit commun très limité. Le propos est de nature à rassurer les administrativistes certainement inquiets à l'idée purement abstraite d'appliquer le droit commun en matière administrative. En réalité, peu de dispositions civiles sont susceptibles d'être appliquées aux autorités administratives, comme d'ailleurs aux personnes morales de droit privé. Dans le Code civil, pour ce qui concerne le domaine extra-contractuel, elles se résument pour l'essentiel à la responsabilité, à la prescription et à l'exécution. Or, à ce jour, seules les règles de l'exécution ne sont pas reconnues comme étant d'application en matière administrative, à défaut de dérogation.

Pourtant, le droit privé de l'exécution est parfaitement susceptible de faire l'affaire. Le degré de similitude ou d'analogie¹⁶⁵ n'est en effet pas moins élevé à propos de l'exécution d'une obligation que concernant l'obligation de réparer. L'exécution de l'obligation de réparer elle-même est d'ailleurs régie par le droit commun de l'exécution !

Dans la mesure où le droit privé règle un procédé juridique, le dispositif des dispositions concernées doit trouver à s'appliquer lorsqu'un sujet de droit utilise ce procédé¹⁶⁶. Il n'y a aucune raison valable de s'y opposer lorsque l'auteur de l'acte est une administration et non un particulier. Ce qui est vrai en matière de responsabilité doit aussi l'être en matière d'exécution, sous peine d'incohérence manifeste. Seule une disposition constitutionnelle ou une dérogation légale peuvent expliquer une différence de traitement à cet égard.

Il s'agit dans les deux cas de droits de nature transversale, ce que J. DABIN appelle un "droit d'accompagnement" dont le rôle (en quelque sorte public¹⁶⁷) est précisément de "mettre à

¹⁶⁵ Comp. C. HUBERLANT, "Le droit administratif belge comprend-il des principes généraux non écrits ?", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 665 : il faut une analogie suffisante entre les situations pour que se pose le problème de l'application des règles de droit privé aux pouvoirs publics (propriété, contrats, responsabilité); du même auteur et dans le même sens, note préliminaire à J.-P. BUFFELAN, *op. cit.*, R.J.D.A., 1967, p. 238 (responsabilité et contrats) mais aussi pp. 264 et 265 (les actes d'exécution spécifiquement administratifs parce qu'exclus de l'activité privée, comparé aux situations correspondantes du droit privé). Rapp. G. VEDEL, *op. cit.*, E.D.C.E., 1980, p. 33 : une de ces parties du droit civil qui ne sont pas inadaptées aux besoins du droit administratif.

¹⁶⁶ Le procédé est en l'occurrence l'hypothèse de ces dispositions.

¹⁶⁷ Rapp. E. RIEZLER, "Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public", in *Recueil d'études en l'honneur d'E. LAMBERT*, T. III, Paris, L.G.D.J., 1938, pp. 134 et 135.

exécution" (en œuvre) les règles de droit matériel, public ou privé, sans qu'elles régissent elles-mêmes aucun secteur déterminé de la vie sociale¹⁶⁸. Un véritable droit commun, autrement dit, pour l'application duquel le législateur ne prend jamais la peine d'adopter un texte particulier, sauf lorsqu'il veut y déroger.

52. Un droit essentiel pour les privilèges. Le principe de la sujétion est capital pour les privilèges. Car, contrairement à l'adoption d'un acte unilatéral, l'exécution forcée d'une obligation est minutieusement régie par le droit privé qui lui consacre de nombreux développements. La différence du droit administratif par rapport au droit privé ne va donc pas de soi¹⁶⁹. Elle est surtout plus difficile à établir dans un régime de droit commun, sauf à pouvoir faire état de dispositions légales spécifiques. Elle est pourtant induite par la notion même de privilèges.

Les conséquences de la sujétion sur les privilèges ne peuvent pas être sous-estimées. D'une part, en effet, les règles civiles et judiciaires liées à l'exécution forcée des actes correspondent, dans le chef des particuliers, à autant de droits civils qui, en droit belge, sont soumis à la protection du juge judiciaire. L'appréhension des privilèges par le juge de droit commun se trouve donc confirmée en droit belge¹⁷⁰. D'autre part, le droit commun est vraisemblablement de nature à imposer de fortes exigences à l'action administrative lorsqu'il s'agit de recourir à la force publique pour exécuter une obligation administrative.

Bref, si le droit commun concerné par la sujétion en général est quantitativement peu important en matière administrative, il est essentiel du point de vue qualitatif en ce qui concerne les privilèges et leur relecture en droit belge.

L'heure n'est toutefois pas aux affirmations. Elle est seulement aux hypothèses. Or, la doctrine classique ne partage pas vraiment le point de vue de la sujétion. Et cela malgré qu'elle se soit rapidement intéressée aux rapports entre droits administratif et privé. C'est que le rapport a été tronqué d'avance.

¹⁶⁸ J. DABIN, *op. cit.*, 2^e éd., 1969, n° 127, pp. 144 et 145 (le nom droit judiciaire est équivoque pour l'auteur). Comp. F. RIGAUX, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, *op. cit.*, T. I, 1963, p. 251 : des modes d'exécution ou de réalisation de la norme substantielle. En réalité, le droit de l'exécution n'est-il pas une sorte de "droit institutionnel" comparable au droit administratif dans ce qu'il est imprégné d'utilité publique ? Comp. A. HAURIOU, in *Recueil d'études ... Gény*, *op. cit.*, T. III, 1935, pp. 94 et 95, à propos du droit administratif distingué de tout le droit privé de manière trop radicale.

¹⁶⁹ Comp. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 3, p. 11 et le droit commun de l'exécution, une de ces parties du droit civil en principe applicable à tous les ressortissants de l'État. Mais des dérogations sont établies selon ce sujet de droit déterminé et particulier qu'est l'État ou l'une de ses autorités, de ses administrations.

¹⁷⁰ Ce qui n'exclut toutefois pas que le Conseil d'État applique également le droit commun.

b. Le rapport tronqué entre droits administratif et privé

53. Une étude qui se généralise. Dès 1859, J.-H.-N. DE FOOZ¹⁷¹ consacre un paragraphe aux "Rapports du droit administratif avec le droit commun", et O. ORBAN¹⁷², en 1909, un paragraphe au droit administratif et au droit civil. L'influence française est cependant déjà forte. Les propos vont dans le sens de la distinction de deux régimes.

Avec le temps, surtout après la Seconde Guerre mondiale, de plus en plus d'auteurs abordent ouvertement la question du droit administratif et du droit privé dans les premiers développements de leurs ouvrages. Mais le contenu est toujours aussi décevant. Car plutôt que d'aborder le problème en droit belge, la manière de procéder et de conceptualiser est importée de France. Le plus souvent, la véritable question de l'application du droit commun est évitée pour laisser place à des considérations générales inspirées du droit français, concernant l'influence des principes de droit privé sur la jurisprudence administrative.

C. CAMBIER¹⁷³ fait figure d'exception sur ce point. Il est apparemment le seul auteur d'un ouvrage général consacré au droit administratif à véritablement insister ouvertement sur la soumission de principe de l'administration au droit commun, même si l'ensemble du précis n'est pas toujours fidèle au principe.

Après 1920, P. WIGNY¹⁷⁴ débute l'étude des moyens d'action de l'administration par une section consacrée au droit administratif et au droit privé (concurrence et sphère d'application respective) dont la nette distinction ressort de l'ensemble de l'ouvrage et, en particulier, des considérations suivantes¹⁷⁵.

À la question de savoir si le Code civil est applicable comme tel aux personnes publiques ou s'il faut "plutôt supposer qu'il s'agit d'un droit commun supérieur dont le Code civil serait la version applicable aux particuliers et dont une autre version concernerait les personnes publiques", l'auteur s'exprime en faveur de la seconde thèse dont il précise qu'elle "est la plus logique" ! Il a eu soin de préciser l'enjeu du débat. "La controverse a une grande portée pratique : si l'on opte pour l'application du Code civil aux personnes publiques, on doit admettre que les dérogations à ces dispositions sont exceptionnelles et doivent toujours être justifiées par un texte. Dans le cas contraire, la pratique administrative et une jurisprudence prétorienne peuvent admettre des amendements qui se justifient par les nécessités du service public" ...

Selon l'auteur, les personnes publiques doivent surtout recourir aux moyens d'action de droit privé lorsque, compte tenu du caractère exceptionnel du droit administratif, il présente une "lacune" ou, à tout le moins, aucun texte spécifique. Néanmoins, les infléchissements

¹⁷¹ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 21 à 24.

¹⁷² O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, nos 3 et 4, pp. 7 à 9.

¹⁷³ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 13 et 14.

¹⁷⁴ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, nos 178 à 187, pp. 142 à 145.

¹⁷⁵ *Ibidem*, n° 179, p. 143.

administratifs apportés aux règles civiles font étrangement penser à la faculté absolue du juge administratif français de définir les règles spéciales du droit administratif.

À la suite de P. WIGNY, le choix se précise en faveur d'un régime spécifique au moment d'évoquer la question précise du droit administratif et du droit privé¹⁷⁶. La question est parfois sous-jacente, comme chez M.-A. FLAMME¹⁷⁷. Ce dernier penche en faveur d'un droit spécial sans confronter pour autant droit privé et droit administratif sous un titre ou un numéro particulier.

54. Une étude partielle. L'évidente influence française dans les développements consacrés par la doctrine au rapport entre droits administratif et privé justifie déjà que ce rapport ait été qualifié de "tronqué" et que l'étude de ce rapport, tendant à se généraliser, soit qualifiée de partielle.

Les adjectifs visent toutefois une attitude plus critiquable encore. Car la question de la responsabilité des autorités administratives est très généralement abordée dans les ouvrages généraux, mais à un endroit différent de celui réservé au rapport entre les droits¹⁷⁸, et surtout sans tenir compte, dans son appréciation, de l'application pure et simple du droit commun dans la matière.

La responsabilité de l'administration est donc étudiée en soi, pour elle-même, en marge des principes fondamentaux, alors précisément qu'elle devrait découler du système en général¹⁷⁹. De cette manière, l'avancée pourtant évidente réalisée par l'arrêt "La Flandria" a surtout été cantonnée au domaine de la responsabilité de l'administration durant de nombreuses années. Le fait est d'autant moins compréhensible, au-delà de la lacune sur le plan théorique, que c'est par le contentieux de la responsabilité que le contrôle judiciaire de l'administration a pris de l'extension durant la deuxième moitié du vingtième siècle¹⁸⁰.

Pourtant, encore au moment de commenter l'arrêt "La Flandria" avec l'enthousiasme permis par la fin du siècle, toute la "filiation" possible de l'arrêt n'a pas été reconnue par un auteur comme

¹⁷⁶ A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 4, pp. 4 à 7; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, pp. 14 et 15.

¹⁷⁷ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989. Dans le même sens : A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996.

¹⁷⁸ En témoigne principalement le plan des ouvrages généraux de droit administratif qui suivent directement l'arrêt "La Flandria". Un chapitre particulier lui est tout au plus consacré. Voy. M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, deuxième partie, titre septième : "De la responsabilité de l'administration"; M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, nos 494 à 512, pp. 661 à 693 : il s'agit d'une section consacrée au contentieux administratif et à la responsabilité civile des pouvoirs publics et des fonctionnaires. L. MOUREAU, quant à lui, n'aborde pas la question (*op. cit.*, 1946). Avant même l'arrêt, la question précise était parfois controversée. Ainsi : O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, nos 355 et s., pp. 426 et s. Parallèlement, les chroniques de jurisprudence et les précis de droit civil abordent généralement la responsabilité de l'État, mais très rarement les autres questions liées à l'application du droit commun à l'administration.

¹⁷⁹ De manière générale, le lien au droit privé se limite d'ailleurs à l'énumération des seules avancées prétorienne réalisées, sans une véritable perspective de développement qui déboucherait sur l'application du droit commun. Voy. not. J. VELU, *Droit public*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1986, n° 209, pp. 319 à 323.

¹⁸⁰ Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 253 : l'imposition d'une règle générale de prudence.

C. PANIER¹⁸¹. La sujétion de principe au droit commun est-elle à ce point illégitime, ou simplement inconcevable ?

c. Le principe de la non-sujétion en doctrine

55. L'arrêt "La Flandria" à l'épreuve de la doctrine. La doctrine administrative belge est à ce point influencée par les auteurs français depuis 1831 qu'il n'est pas difficile de conclure au principe de la non-sujétion en droit belge après avoir consulté les meilleurs auteurs. À savoir la position inverse à celle que l'on peut lire aujourd'hui encore dans l'arrêt "La Flandria".

Le constat est sidérant. Et c'est évidemment la place du célèbre arrêt en droit belge qui est directement mise en cause. Elle ne correspond pas à celle réservée à l'arrêt "Blanco" en droit français. En droit belge, des considérations théoriques d'influence française, mais aussi historiques, ont pris le pas sur un arrêt de la Cour de cassation.

L'explication vient peut-être de ce que les mentalités n'étaient pas prêtes, à l'époque, à assumer une véritable révolution dans la conception même du droit administratif. Elle a d'ailleurs été franchement contestée par une partie de la doctrine¹⁸², le plus souvent par voie d'articles. Mais le plus étonnant est de constater que la grande majorité des auteurs d'ouvrages généraux a feint d'ignorer - et continue à omettre aujourd'hui - une question pourtant ouverte et directement posée par la Cour de cassation. Un peu comme si le débat n'avait pas eu lieu. Comme s'il n'avait pas soulevé les passions.

56. Un vent de contestation. Un vent de contestation s'est pourtant levé durant les années qui ont suivi le prononcé de l'arrêt. Au nombre des détracteurs, on peut citer M. CORNIL et P.-M. ORBAN¹⁸³. D'une façon générale, cependant, il semble que la jurisprudence ait rallié l'unanimité des suffrages dans les milieux juridiques, à l'exception peut-être d'une frange administrative l'accueillant comme une lourde défaite¹⁸⁴.

¹⁸¹ C. PANIER, "Vive le régime judiciaire !", obs. sous Cass., 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 26 et 27. Le "caractère génétique" (et pourtant "prophétique" !) de l'arrêt est souligné, mais les "enfants reconnus" sont limités aux différents contrôles établis concernant les actes des différents pouvoirs. L'arrêt était pourtant promu au titre de "fécond géniteur".

¹⁸² Dans ce sens précis, voy. P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, 225 ou encore L. WODON, *Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1942, pp. 38 et 39.

¹⁸³ M. CORNIL, *op. cit.*, *B.J.*, 1939, col. 449 à 470, partic. col. 452 et 453; DEJONGH, avis du 10 décembre 1920, in H. VELGE, *op. cit.*, 1930, pp. 258 et s.; P.-M. ORBAN, *La responsabilité des pouvoirs publics devant la doctrine et la jurisprudence belges*, Paris, De Boccard, 1931, pp. 17 et s.; M. le proc. gén. A. MEYERS, "La compétence des tribunaux et l'administration", discours de rentrée, *B.J.*, 1922, col. 65 à 89; A. VALERIUS, "De la création d'un Conseil d'État en Belgique et de la responsabilité de la puissance publique", *B.J.*, 1921, col. 161 à 174. D'autres auteurs sont plus mitigés, tel X, *op. cit.*, *B.J.*, 1921, col. 65 à 74.

¹⁸⁴ C'est ce qui ressort des écrits de H. VELGE, *op. cit.*, 1930, pp. 252, 256 et 257 (un grand succès pour ceux qui estiment indispensable l'octroi au justiciable de garanties sérieuses contre l'arbitraire de l'administration, p. 257); P. DE HARVEN, *Individualisme et socialisme. Mouvements généraux du droit civil belge contemporain. Étude critique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1928, 340 et 341; V. GENOT, "De la

Il a d'abord fallu comprendre que la Cour de cassation ne reviendrait pas en arrière, qu'à l'avenir le principe de la séparation des pouvoirs ne suffirait plus à venir à bout de sa compétence pour appréhender l'action administrative. Une fois l'événement assimilé, des voix se sont élevées pour atténuer son impact, pour en quelque sorte récupérer la révolution et sauver ce qui pouvait l'être encore.

C'est ainsi que des auteurs ont défendu l'idée selon laquelle la Cour, par l'arrêt "La Flandria", aurait uniquement résolu un problème de compétence et non de fond.

57. Le plaidoyer de M. CORNIL. En 1939, M. CORNIL écrit un vibrant plaidoyer dans ce sens. Il soutient que "si l'admission de l'immunité de juridiction enlève tout intérêt à la question de savoir quelles règles de droit seraient éventuellement applicables à l'État, l'exclusion de cette immunité laisse au contraire cette question entière"¹⁸⁵. De la sorte, l'auteur conteste en réalité l'arrêt lui-même. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la trame de son raisonnement.

En effet, l'auteur feint de résoudre la question de savoir si, à partir de l'applicabilité aux pouvoirs publics des articles 1382 et suivants du Code civil, l'on peut conclure à l'applicabilité de toutes les règles du droit privé. Il a donc le mérite de se poser la bonne question. Le problème est toutefois qu'à aucun moment il n'essaye vraiment d'y répondre. Aussitôt, il commence en effet par prétendre que les conclusions du ministère public et l'arrêt n'ont tranché qu'une question de compétence et non une question de fond. De la sorte, il tente en réalité d'éluder la question. Il s'acharne à imposer une autre position. Ce faisant, il soulève toutefois une objection à propos de l'incontestable. Car il résulte clairement des extraits cités que la Cour a bel et bien tranché par l'affirmative la question de l'application des articles dont question.

Comme pour se raccrocher au passé, l'auteur cite alors, à l'appui de sa thèse, un arrêt antérieur de la Cour de cassation confirmant la compétence du pouvoir judiciaire et réservant explicitement la question de savoir si l'administration peut être déclarée responsable, ce qui constitue "un moyen de droit au sujet duquel les parties auront à s'expliquer ultérieurement en exécution du jugement confirmé"¹⁸⁶. De la sorte, l'auteur escompte arriver à ses fins et limiter la portée de l'arrêt par analogie. Il soutient même qu'il en va toujours ainsi en degré de cassation.

réforme du contentieux administratif en Belgique", *B.J.*, 1931, col. 451 et 484; P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, 225 et 227 où l'auteur parle de "paix judiciaire" à laquelle on serait (enfin) parvenu; M. VAUTHIER qui fait état d'une "étape heureuse" et dont P. DE HARVEN (*op. cit.*, p. 341) révèle qu'il serait l'auteur des obs. sous Cass., 5 novembre 1920, *R.A.*, 1921, pp. 56 à 65, d'ailleurs reproduites nommément in *Ann. not.*, 1921, pp. 22 à 32.

¹⁸⁵ M. CORNIL, *op. cit.*, *B.J.*, 1939, col. 449 à 470, ici col. 454. Pour rappel, le titre de l'article est (pourtant) significatif : "Portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1920. Sujétion des pouvoirs publics au droit civil". L'immunité de juridiction évoquée vise la période antérieure à l'arrêt "La Flandria" durant laquelle l'activité publique des autorités administratives n'était pas contrôlée par le pouvoir judiciaire incompétent en vertu de la théorie française de la séparation des pouvoirs.

¹⁸⁶ Cass., 4 janvier 1894, *Pas.*, 1894, I, 71; *B.J.*, 1894, col. 225 et note col. 226 et 227.

L'argument s'effondre toutefois aussitôt les arrêts comparés. En 1894, la Cour précise en effet que la Cour d'appel de Bruxelles, dont l'arrêt est entrepris, n'a pas encore préjugé la question concernée. Elle n'a donc statué "avant dire droit" que sur sa compétence. En 1920, par contre, la Cour connaît d'un jugement du tribunal de première instance de Bruges qui a déjà admis la responsabilité de la commune du même nom. Cela explique évidemment pourquoi, dans un cas, elle se soit limitée à trancher le problème de la compétence, et pas dans l'autre.

En toute hypothèse, la portée de l'arrêt "La Flandria" ne peut pas être établie contre son propre dispositif par un arrêt rendu vingt-six ans plus tôt.

Bref, pour inverser le sens de la conclusion tirée par l'auteur : il paraît possible de déduire du texte de l'arrêt que toutes les règles de droit privé s'appliquent aux pouvoirs publics. L'arrêt n'est pas étranger à cette question¹⁸⁷.

À noter que l'auteur change ensuite totalement de registre. Il se livre à une analyse de procédés contractuels ou apparentés par lesquels les pouvoirs publics se procurent le concours de personnes physiques et pourvoient à ce que l'intérêt général requiert. Sur cette base, il conclut par la négative à la question posée en soutenant que "L'administration n'est pas nécessairement soumise au droit civil. Les idées générales justifiant les textes du droit civil doivent être combinées avec les règles imposées par la solidarité sociale et l'intérêt général pour former le statut des contrats administratifs".

En ce qui concerne la réalité du droit positif de l'époque, on va le voir, l'auteur n'a pas tout à fait tort. Mais c'est la manière d'arriver à cette conclusion qui dérange, à savoir l'exagération des prémisses du raisonnement. Il fallait avoir l'humilité de reconnaître le paradoxe généré par l'arrêt "La Flandria". Le paradoxe vient de l'application *partielle* du droit privé à l'administration, limitée aux règles de la responsabilité.

L'auteur est cependant hostile à l'enseignement de l'arrêt. Il ne résiste d'ailleurs pas à griffer au passage l'application des articles 1382 et suivants du Code civil, dont il va jusqu'à souligner "l'absence de justification". De la sorte, il contredit lui-même la première étape de son raisonnement.

En somme, l'article a le mérite de révéler la persistance d'un certain désarroi près de vingt années après l'arrêt "La Flandria". En outre, il présente l'avantage de poser la bonne question, même s'il y a répondu de manière tendancieuse.

58. La voix d'autres auteurs. À la suite de M. CORNIL, P. WIGNY écrit à sa manière, mais sur le même propos, que "La compétence réagit sur le fond. Entraînés par l'habitude les tribunaux ordinaires, s'ils exercent la juridiction, appliquent le droit civil; tout au moins, ils sont peu enclins à s'en écarter et à développer un droit administratif qui *doit* cependant être d'origine largement prétorienne"¹⁸⁸.

Plus récemment, M.-A. FLAMME¹⁸⁹ surenchérit : "La compétence, dit-on souvent non sans raison, régit le fond", mais "L'obligation où se trouvent les tribunaux judiciaires (...) d'appliquer le Code civil aux rapports auxquels l'administration fait partie" ne conduit pas à dénier au droit administratif une certaine spécificité, un certain "gauchissement"¹⁹⁰.

Manifestement, aujourd'hui encore, la doctrine belge n'est pas prête à assumer toute la portée de l'arrêt "La Flandria". L'état même du droit positif en témoigne d'ailleurs directement.

La dernière réflexion de P. WIGNY, surtout, atteste une forte influence française dans la conception même du droit administratif, par trop désincarnée du droit commun. L'auteur va jusqu'à évoquer, parmi les "fausses déductions qui ont été trop souvent faites entre les deux guerres", celle selon laquelle "Les tribunaux sont compétents, donc le droit est civil"¹⁹¹.

Une telle conception ne pouvait pas être sans conséquences décisives sur celle des privilèges en doctrine belge. Elle permet de comprendre la transposition de la conception française des privilèges en droit belge. On ne peut toutefois pas la qualifier de logique, tant il est évident qu'elle est contraire à l'enseignement de l'arrêt "La Flandria".

Cela dit, la contrariété ne porte pas tellement sur le lien entre la compétence et le fond qui serait indéfectible. En témoigne directement la loi appliquée par le pouvoir judiciaire, y compris et surtout lorsqu'elle est particulière. La contradiction porte plutôt sur la sujétion au droit commun dont la conséquence est d'ailleurs plus étendue, puisqu'elle s'étend également au droit appliqué par la juridiction administrative¹⁹². Ainsi peut-il être soutenu, sans éviter la sujétion, qu' "En Belgique, la détermination de l'ordre de juridiction compétent à l'égard d'une contestation soulevée par l'activité de l'administration n'est pas fondamentalement liée à la nature de la règle de droit applicable au fond"¹⁹³.

À noter que C. CAMBIER¹⁹⁴, à l'opposé de ce courant largement majoritaire chez les auteurs de la deuxième génération, est déjà plus enclin à la différence s'étendant, selon lui, jusqu'à la définition même du droit administratif.

1946, p. 9.

189 M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 21, p. 65. Rem. déjà M.-A. FLAMME, "Les contrats administratifs. Esquisse d'une étude comparative", *R.J.D.A.*, 1960, sp. pp. 234 et 235, n° 65 à 67, la doctrine classique à l'appui, et p. 238, n° 82.

190 M.-A. FLAMME, *op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1960, p. 236, n° 74.

191 P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 438, p. 344, *ad.*

192 Ainsi, le fondement de la sujétion administrative au droit commun procède plus de l'article 105 de la Constitution que de ses articles 144 et 145. Ces derniers peuvent en effet laisser croire à la dualité du droit (ils l'ont laissé croire en doctrine) alors qu'ils ne règlent qu'une question de compétence au moyen du critère confus des "contestations portant sur des droits civils". Cela même si, en pratique et d'un point de vue historique, la compétence judiciaire a permis de découvrir la sujétion, elle en a été le vecteur. En France, à l'inverse, la compétence administrative d'une juridiction spécialisée a secrété un droit spécial.

193 C. HUBERLANT, note préliminaire à J.-P. BUFFELAN, *op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1967, p. 237, *ad.*, mais avec une conclusion différente, dans le sens d'une autonomie moins accusée qu'en France.

194 C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 285, note 1.

187 M. CORNIL, *op. cit.*, *B.J.*, 1939, col. 455.

188 P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 434, p. 341, *id.* Dans le même sens : L. MOUREAU, *op. cit.*,

Mais, à vrai dire, rares sont les auteurs à avoir osé affirmer formellement la sujétion des pouvoirs publics au droit commun, que ce soit avant, durant cette période ou même après l'arrêt "La Flandria". Était-ce faire montre d'une trop grande indépendance par rapport au système français ?

59. La doctrine avant l'arrêt. Dès le lendemain de l'indépendance, la différence par rapport au droit français est le cheval de bataille d'une série d'auteurs. Avant le 5 novembre 1920, toutefois, l'accent est surtout mis sur une différence limitée à la soumission de l'administration au contrôle des cours et tribunaux. Il faut dire que, sans la compétence judiciaire, il est évidemment difficile d'établir la sujétion au droit commun. Or, à l'époque, le contrôle judiciaire ne va pas de soi.

Telle est en effet la première conséquence concrète de l'influence française en droit belge. Il importe de bien la mesurer pour comprendre l'état de la doctrine à l'époque. L'enjeu ne se limite pas à un débat d'idées. L'action administrative échappe à tout contrôle jusque 1920, car le pouvoir judiciaire - seul en place - s'estime incompétent¹⁹⁵.

Néanmoins, les propos de certains auteurs sont déjà parfois évocateurs. Tel est par exemple le cas des écrits de J. LEJEUNE¹⁹⁶. En moyenne, toutefois, l'influence du droit français commande plutôt de sacrifier à la tradition de voir dans le droit administratif un régime à part du droit commun¹⁹⁷.

Un auteur, en particulier, a pourtant poussé le raisonnement plus loin. Il s'agit de L. WODON¹⁹⁸ dont on peut écrire qu'il affirme la sujétion au droit commun, principalement au Code civil, en l'absence de dérogation. Il le fait dans son important ouvrage qui a permis à l'immunité de juridiction de disparaître à jamais du droit belge. À cette fin, avec pertinence, l'auteur pousse la critique au-delà de la frontière en s'interrogeant : "depuis quand le caractère juridique des rapports formés entre parties est-il déterminé par la qualité de la juridiction chargée de trancher les différends nés à l'occasion de ces rapports ? N'est-ce point là donner la torture aux principes et renverser la nature des choses ? Même dans la jurisprudence française, lorsque

¹⁹⁵ Voy. *infra*, n° 85 et s.

¹⁹⁶ J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, pp. 48 à 55 et 71. On a relevé les extraits suivants : "quand un citoyen fait appel à une loi contre le pouvoir exécutif, il y a contestation, parce que le pouvoir exécutif est soumis à l'autorité de la loi, tout comme le citoyen" (p. 53). Plus explicite : "L'administration agit-elle comme personne civile et se trouve-t-elle partie plaignante dans la contestation ? - Les droits dont elle se prévaut sont placés sur la même ligne que les droits auxquels elle les oppose; ils sont soumis aux mêmes lois et, par conséquent, assujettis aux mêmes juridictions; la constitution ne leur accorde point de privilège. L'administration agit-elle comme personne politique ? - Son devoir est de respecter les droits dont la loi a reconnu l'existence et fixé l'étendue; il ne lui appartient pas de créer au détriment de ces droits des prérogatives pour elle-même ou pour qui que ce soit : dès lors la mission du pouvoir judiciaire est d'apprécier la légalité de tout arrêté administratif dont l'application lui est demandée par le pouvoir exécutif lui-même ou par toute personne qui prétend se servir des dispositions de cet arrêté" (p. 54); " (...) toute loi est une règle imposée à l'administration par une autorité qui lui est supérieure; s'abstenir de blesser les intérêts qu'une loi protège dans un individu est pour l'administration un devoir d'où naît un droit en faveur de l'individu" (p. 71).

¹⁹⁷ Rem. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VI, 1843, "Domaine", p. 353 et, plus généralement, pp. 352 à 366.

¹⁹⁸ L. WODON, *op. cit.*, 1920, pp. 181 à 192.

la compétence des tribunaux ordinaires n'est pas reconnue, il n'a jamais été admis de manière absolue, en matière contractuelle, que les contestations déferées aux tribunaux administratifs fussent être jugées abstraction faite du droit civil !" (p. 191). Plus fermement : "Il est définitivement admis qu'en matière de conventions l'État est soumis au droit, ce qui veut dire au droit civil" (p. 218). Le raisonnement de l'auteur n'est toutefois pas campé au domaine contractuel. M. CAPART l'atteste lorsqu'il conclut de la sorte l'exposé de la théorie de L. WODON : "De tout quoi il est permis de conclure que les pouvoirs publics demeurent soumis, et entièrement, aux règles du Code civil, encore qu'aucune disposition générale ne le stipule expressément"¹⁹⁹.

D'autres auteurs ont suivi plus timidement L. WODON, tel P. DE HARVEN²⁰⁰, comme certains l'ont certainement précédé, telles peut-être les *Pandectes belges*²⁰¹. Aussi M. CAPART évoque-t-il logiquement l'existence d'une "école de droit commun"²⁰².

M. BOURQUIN²⁰³, de son côté, semble limiter aux actes de gestion la soumission au droit commun et aux tribunaux judiciaires. La sujétion est même parfois nuancée en ce qui concerne l'activité privée de l'administration. O. ORBAN²⁰⁴, quant à lui, renverse la perspective. L'activité privée est parfois soumise à des règles spéciales, et, à défaut, l'application du droit privé n'est pas toujours possible. Il incombe ainsi aux auteurs en droit administratif "de faire un triage entre les dispositions des divers Codes, de signaler celles d'entre elles dont l'application à l'Administration n'est pas possible" et "de faire connaître, d'autre part, les dispositions exceptionnelles que contiennent soit les Codes, soit les lois spéciales, et qui sont relatives aux actes de l'Administration". À cet égard, "La jurisprudence fournit (...) de riches matériaux à exploiter". Bref, l'auteur risque les expressions "droit administratif civil" ou "droit civil de l'administration"²⁰⁵ à propos duquel il y aurait "tout un livre à écrire", et spécialement sur la "théorie générale des obligations pouvant la concerner"²⁰⁶. L'auteur y inclut, parce qu'il refuse l'application du droit commun à cet égard, le mécanisme des saisies²⁰⁷ (!).

¹⁹⁹ M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 346, p. 359, *id.*

²⁰⁰ P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, pp. 334 à 337.

²⁰¹ *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte administratif", n° 229, col. 119 : sauf texte formel, "L'administration, dans ses rapports avec les particuliers, doit en principe subir les règles du droit commun"; comp. toutefois T. XXII, 1887, "Compétence respective", col. 229, n° 246 et 247 où la dualité de l'État, de la justiciabilité et du droit (qui lui est applicable) est affirmée.

²⁰² M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 256bis, p. 399.

²⁰³ M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, p. 3, note 1. En revanche, la soumission au droit (tout court) est affirmée comme principe général particulièrement et vigoureusement consacré par les propos du Congrès national au sujet de la résistance aux actes illégaux (n° 48, p. 67).

²⁰⁴ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 3, pp. 7 et 8. *Add.* n° 5, pp. 10 à 13 et surtout p. 12, premier paragraphe, et n° 221, pp. 250 et s., impl., concernant la sujétion de principe en ce qui concerne les intérêts privés de la personne morale de droit public, conception partagée par C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 159 et 161, sans préjudice des règles relatives à la perception des impôts et des revenus publics pour lesquels elle jouit de certains privilèges.

²⁰⁵ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 10.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 426, n° 355.

²⁰⁷ *Ibidem*, n° 356, p. 431. L'élément est important concernant les privilèges liés à l'exécution forcée.

Il arrive aussi que la sujétion soit ouvertement contestée. Ainsi R. MARCQ²⁰⁸, par exemple. L'argument juridique généralement invoqué consiste dans le silence du Code civil sur ce point, à l'instar de ce qui est soutenu en droit français²⁰⁹. Pourtant, la sujétion n'entraîne une opposition avec aucun texte²¹⁰. Les autres arguments sont le plus souvent de nature métaphysique, ce qui révèle un état d'esprit. Ils se rapportent à des idées traditionnelles, préconçues, sans résonance textuelle, telles la souveraineté, l'imperium, la séparation des pouvoirs, le privilège, l'inégalité ("l'organisation de la force"), la continuité du service public, etc. Bref, il s'agit d'arguments d'autorité. Un substitut au droit civil est généralement proposé pour justifier la responsabilité de la puissance publique : le principe de l'égalité devant les services publics, dont C. CAMBIER n'hésite pas à écrire qu'il "procède du souci de détacher radicalement de la loi civile la réglementation des rapports du droit administratif"²¹¹. La théorie est d'origine française.

Qu'à cela ne tienne, avec l'arrêt "La Flandria", la Cour de cassation a fait fi de ce genre de considérations (en matière de responsabilité)²¹². Elle a su tirer profit de textes formulés en termes généraux.

208 R. MARCQ, *op. cit.*, 1911, n° 210, p. 277, ainsi que pp. 292 à 315, n° 220 à 232. Y compris pour ce qui concerne la gestion par l'État de son domaine privé (p. 315, n° 232) : l'application du droit civil "ne se conçoit pas"; "le défaut d'intérêt pratique nous permet cependant de respecter ici la conception traditionnelle" ! À noter, à titre indicatif, que l'auteur s'attache à démontrer ce qu'il appelle fréquemment "la thèse des civilistes".

209 Le Code civil ne réglerait, autrement dit, que les relations entre les particuliers et l'État en serait soustrait par préférence : R. MARCQ, *op. cit.*, 1911, pp. 240 et 292 à 315, n° 210 et 220 à 232; A. VALERIUS, *op. cit.*, B.J., 1921, col. 164 à 166; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 30 et p. 39, note 27. L. WODON réplique à *cit.*, B.J., 1921, col. 164 à 166; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 30 et p. 39, note 27. L. WODON réplique à l'application du droit commun. L'argument est extensible au Code judiciaire puisque son article 705 prévoit la manière de citer l'État (comp. *ibidem*, p. 190). En France, ce sont plutôt des lois distinctes du Code civil qui ont écarté l'administration de la compétence des tribunaux judiciaires (*ibidem*, pp. 186 et 191). Le système belge, en d'autres termes, ne permet pas d'interpréter le silence du code à la lumière d'un système français dont on a montré la radicale différence.

210 Les textes sont muets sur ce point : ils n'interdisent pas l'application du droit privé à l'État dans la gestion des services publics, comme ils ne l'y soumettent pas non plus expressément ou n'ont pas pour objet principal de régler des relations de puissance publique (des législations spécifiques s'en chargent le plus souvent). Voy. L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 190, selon lequel nul n'en disconvient. Exclure les pouvoirs publics des rapports juridiques qu'il organise revient en réalité, en l'absence de disposition contraire, à distinguer là où le législateur ne distingue pas.

211 C. CAMBIER, *op. cit.*, J.T., 1952, p. 117.

212 On songe, en particulier, aux considérations liées à l'exégèse des textes.

60. La doctrine relative à l'arrêt. Une fois l'arrêt "La Flandria" prononcé²¹³, le débat s'est focalisé sur son interprétation. Il est toutefois symptomatique de constater que les auteurs se fondent parfois plus sur les conclusions du ministère public que sur l'arrêt lui-même pour répondre à la question posée²¹⁴. Lorsque la question est posée. Car, dans un premier temps, les revues et les auteurs focalisent leur attention sur le problème de compétence. Lorsqu'un commentaire accompagne la décision, ce qui n'est pas nécessairement le cas²¹⁵, les commentaires "à chaud" ne contiennent guère d'allusion au problème de fond²¹⁶. Ils précisent seulement la responsabilité tant contractuelle qu'aquillienne de l'État²¹⁷.

Il faut attendre quelques années avant d'enregistrer un semblant de débat, et ce dans des publications plus substantielles. Des auteurs déjà cités, comme P. DE HARVEN²¹⁸ ou L. WODON²¹⁹, défendent l'idée d'une sujétion de principe. Tandis que d'autres la contestent, tels M. CORNIL²²⁰ ou H. DE PAGE²²¹.

213 On ne résiste pas à mentionner l'impact judiciaire de l'arrêt "La Flandria" jusque dans les colonies où le Conseil supérieur (Cour de cassation) du Congo belge devait rendre un "grand arrêt" le 10 février 1921 dans la droite ligne du précédent (J.T., 1921, col. 115 et commentaire anonyme col. 113 à 115 : "Un grand arrêt colonial"). La poursuite pénale y est considérée comme la lésion d'un droit civil. Une grande autonomie du juge y est affirmée. "Attendu que le pouvoir judiciaire constitue un des attributs essentiels de la souveraineté; que sa nécessité sociale est d'ordre primordial et qu'il préexiste aux mesures destinées à régulariser son fonctionnement; Attendu que s'il est vrai que l'organisation de ce pouvoir est l'œuvre de la loi et qu'il incombe au pouvoir judiciaire de préciser les attributions de la judicature, de les restreindre ou de les étendre, il est non moins avéré qu'en présence de dispositions formelles contraires, la compétence des organes du pouvoir judiciaire s'étend normalement jusqu'aux limites de leur champ propre d'action pour la protection efficace des droits placés sous leur naturelle et nécessaire sauvegarde; Attendu que la juridiction pénale est de l'essence de la mission du pouvoir judiciaire". On voit que l'argument de la nature des choses est susceptible de jouer dans les deux sens. "En faveur" du pouvoir exécutif comme "en faveur" du pouvoir judiciaire. L'arrêt présente un intérêt pour l'appréhension des privilèges en droit belge. À l'instar de la poursuite pénale, en effet, la procédure administrative visant l'exécution des décisions ne doit-elle pas être considérée comme susceptible de léser un droit civil protégé par les tribunaux judiciaires ?

214 En règle, il est plus délicat de contester la théorie construite par le ministère public lorsque les conclusions sont conformes au dispositif d'un arrêt. Dans le même sens, en droit français : T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 290. Les conclusions ne trouvent toutefois une force éventuelle qu'à travers le dispositif de l'arrêt.

215 *Pas.*, 1921, I, 114 (seul le sommaire est à nouveau reproduit, renvoyant pour le surplus au volume de l'année précédente); J.T., 1920, col. 636; P.P., 1915-20, III, n° 163, p. 173 et 1921, n° 3, p. 6.

216 Dans ce cas : X, "Un grand arrêt et un petit livre", J.T., 1921, col. 81 à 84; X, *op. cit.*, B.J., 1921, col. 65 à 74; X (M. VAUTHIER), obs., R.A., 1921, pp. 56 à 65, égal. reproduites in *Ann. not.*, 1921, pp. 22 à 32 et *Rec. gén. enr. not.*, 1921, n° 15.754, p. 136; A. DE L'ARBRE, obs., J.J.P., 1921, pp. 232 à 238.

217 D. H., note sous Cass., 16 décembre 1920, *Pas.*, 1921, I, 65, arrêt dont il est précisé que l'arrêt confirme celui du 20 novembre.

218 P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, pp. 338 et s.

219 L. WODON, préface à M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930 (préface de la 2^e éd. reproduite), p. XIV.

220 *Op. cit.*, B.J., 1939, col. 449 à 470.

221 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2^e éd., T. II, L. I, 1940, n° 1067bis, pp. 1032 à 1039 et le "non sens" de soumettre l'État à la loi des particuliers (texte foncièrement remanié dans la 3^e éd., en 1964) : "avec plus de calme" qu'en 1920, "l'État est, non point soumis au droit civil, mais bien en dehors du droit civil, précisément parce que les règles de cette partie du droit ne sont pas faites pour lui, qu'elles sont établies pour les activités qui défendent l'intérêt général" (p. 1036), et cela notamment au nom de la différence dans les autres domaines de la responsabilité. Cependant, l'auteur accredit l'idée que tel était bien le sens de l'arrêt "La Flandria" sur "la question de principe" : "jurisprudence théorique", voire "purement sentimentale". Pour l'auteur, la création du Conseil d'État contredirait cette jurisprudence et consacrerait la différence de règles selon le bon fonctionnement des services publics (n° 1067ter, pp. 1039 et 1040) !

Les positions sont parfois plus nuancées. Mais elles recèlent alors toute l'ambiguïté de la demi-mesure. Plusieurs auteurs, tels C. CAMBIER et F. BRUSSELMANS, reconnaissent une marge importante d'appréciation au juge. Ils sont cités plus loin parce qu'ils écrivent beaucoup plus tard. Mais pour X (M. VAUTHIER)²²², par exemple, en 1921, le problème de la responsabilité de l'administration se résume à la question de savoir "si telle ou telle relation dans laquelle l'administration est engagée, doit ou non être soumise à l'empire des règles du droit privé (modifié toutefois dans une certaine mesure par les modalités inhérentes à la vie administrative elle-même)".

En ce qui concerne les conclusions conformes précédant l'arrêt, il a parfois été soutenu que P. LECLERCQ n'y établirait pas explicitement la sujétion au droit civil. Telle est par exemple l'opinion de M. CORNIL²²³. L'objectif est toutefois connu. Il est de contourner l'arrêt. Car son dispositif est parfaitement clair.

En réponse, cependant, d'autres auteurs se sont attachés à vérifier la prétention. De la sorte, ils se sont tout autant écartés de la véritable source de droit à l'origine du principe. Ils croient percevoir le principe dans un extrait fort peu juridique et directement inspiré de l'auteur français L. DUGUIT :

"(...) il n'existe dans le monde réel qu'un droit unique, droit qui ne régit que des hommes et qui régit tous les hommes, qu'en réalité ce qu'on appelle le Gouvernement, ce sont des hommes qui gouvernent, et qu'il n'existe pas de gouvernement, abstraction faite d'hommes exerçant le gouvernement (voy. DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., n° 19)²²⁴."

À ce compte-là, il faudrait voir une preuve contraire dans le fait que l'éminent procureur général ait cru utile, treize ans plus tard, de préciser la "portée" de l'arrêt "La Flandria" et "les principes sur lesquels (il) repose", et ce dans une note²²⁵ sous un arrêt ultérieur. Il n'appartient certes pas au ministère public de faire l'exégèse d'un arrêt de la Cour de cassation pour en livrer l'exacte portée. Surtout pas treize années plus tard. En même temps, l'opinion de celui qui fut l'un des initiateurs d'une jurisprudence fondamentale - en toute hypothèse le plus directement impliqué dans le processus décisionnel - ne peut pas être ignorée. On est toutefois en droit de s'étonner d'un tel procédé de la part du ministère public, comme d'ailleurs de l'ajout en sommaire de principes ne figurant pas dans l'arrêt, même avec la mention "examiné" ou "exposé en note".

Cela dit, on partage l'opinion émise dans les notes, à un moment - qui plus est - où l'abandon de la jurisprudence considérée était prétendu. En réalité, trois notes accompagnent l'arrêt (223), dont deux sont consacrées au problème qui retient l'attention. La deuxième vise à établir que c'est à tort qu'il a été prétendu que la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1920 a été abandonnée (223). La troisième tend à montrer la portée dudit arrêt (225).

²²² X (M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, p. 425; voy. aussi pp. 53 à 65.

²²³ M. CORNIL, *op. cit.*, B.J., 1939, col. 454 et note 4.

²²⁴ *Pas.*, 1920, I, 221, notamment cité, mais sans la référence, par C. CAMBIER, *op. cit.*, 1947, p. 128 et *op. cit.*, 1968, pp. 228 et 229 et note 1, ou encore par F. DELPÉRIE, "L'administration responsable : unité ou diversité ?", in *Jeune Barreau de Bruxelles, Responsabilité et réparation des dommages*, 1983, n° 2, p. 88.

²²⁵ Note sous Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, 225.

Les deux notes ont en réalité pour objet d'éviter la "mécompréhension" de l'arrêt annoté, rendu sur les conclusions de l'avocat général GESCHÉ. Dans cet arrêt, la Cour rejette en effet la responsabilité d'une commune, notamment au motif que "le chemin était tel que la commune l'avait décrété souverainement". Selon P. LECLERCQ, "Il faut se garder de donner à cette formule une portée absolue que la Cour n'a pas entendue lui attribuer et qu'elle n'a pas". Si la Cour rejette la responsabilité, c'est parce qu'aucune faute portant atteinte au droit du plaignant n'a été établie. Mais tel aurait pu être le cas, même si le chemin se trouvait dans l'état où l'administration a décrété qu'il serait. La soumission au droit civil est clairement affirmée, non par la Cour - il faut insister là-dessus -, mais par le procureur général P. LECLERCQ.

Ceci précisé, et conscient de ce que la sujétion de principe au droit civil découle avant tout du dispositif de l'arrêt "La Flandria" interprétant les normes fondamentales, plusieurs passages des conclusions précédant l'arrêt l'évoquent bel et bien au moment d'établir la différence par rapport au droit français, avant comme après l'extrait généralement cité. On songe en particulier au passage suivant :

"en Belgique, État de droit, le seul souverain véritable, c'est la loi, expression de la volonté de la Nation, qui, en l'édicant, se lie elle-même" (220); ou encore : en vertu de l'article 78 de la Constitution, le pouvoir exécutif "est, comme un particulier, soumis à la loi dont il a pour mission, dans les limites constitutionnelles, d'assurer le respect" (199). Plus éloquent encore : est écartée "la théorie qui considère que le souverain vit dans un monde supra-sensible, un monde supérieur, interdit au commun des hommes, fermé au Code civil" (220); "La loi étant supérieure à tous les hommes et les obligeant tous, elle régit les hommes qui gouvernent comme ceux qui sont gouvernés; le Gouvernement est tenu de respecter toutes les lois, qu'on les appelle, dans un intérêt de classification, lois civiles, lois politiques, lois de droit public" (221).

61. La doctrine à l'épreuve de l'arrêt. Depuis l'arrêt "La Flandria", il faut bien reconnaître que l'influence française a conservé le dessus dans les précis de droit administratif, du moins en ce qui concerne la présentation générale du droit administratif et de ses caractéristiques fondamentales. D'où l'isolement plus ou moins conscient de la question particulière de la responsabilité. Une telle situation est regrettable car elle a eu et continue d'avoir une influence pratique considérable, à savoir le détachement progressif - ou plutôt la distance maintenue - du droit administratif par rapport au droit privé.

De la sorte, le débat est évidemment faussé en doctrine, comme celui du contrôle judiciaire de l'action administrative l'était avant 1920. On ne peut toutefois constater la résistance de la doctrine administrative classique à accepter une conception positiviste d'un droit administratif ouvert sur le droit commun. Il est vraisemblable qu'une telle conception ait été perçue comme réductrice d'une discipline que les auteurs se sont appropriées et à laquelle ils se sont identifiés²²⁶, surtout à partir de la création du Conseil d'État. L'autonomie du droit administratif

²²⁶ Parce qu'ils sont avant tout des hommes, les auteurs ont en effet tendance à s'identifier à la matière qu'ils enseignent ou pratiquent. Peu à peu, leur discipline devient "leur droit commun" dont la spécificité ne peut plus être mise en cause. Cela explique en partie le succès de l'influence française dans cette discipline. Sans oublier le fait précis que plusieurs universitaires ont pris une part active dans la création du Conseil d'État (voy. à cet égard M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 514, p. 696; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 28, p. 66).

est en effet le grand thème de ceux qui défendent une justice administrative²²⁷. Or, l'application supplétive du droit privé dérange de toute évidence cette autonomie revendiquée. *Les ouvrages généraux font ainsi largement écho à une conception française du droit administratif, véritablement transposée jusque dans les expressions.*

Le phénomène est surtout constaté depuis la Seconde Guerre mondiale, mais il lui préexiste néanmoins. Le droit administratif est exposé dans l'ignorance du droit commun. Seul le droit de la responsabilité fait exception à partir de 1920. Le phénomène est de plus en plus critiquable au fur et à mesure que l'on s'éloigne de l'arrêt "La Flandria", en dépit de la création du Conseil d'État. En réalité, le vers est dans la pomme dès le lendemain de l'indépendance. Il n'a pas été entièrement détruit en 1920. Il est seulement un peu plus "sous contrôle".

62. Des expressions françaises. Diverses expressions significatives, d'inspiration française, peuvent être mentionnées dans ce sens. Certains auteurs se montrent parfois plus français que les Français eux-mêmes.

Dans les définitions proposées du droit administratif, l'unanimité se crée d'abord autour de caractéristiques-clés importées, telles la *spécialité* du droit administratif, son *autonomie*, son caractère *jurisprudentiel*, de même que l'existence d'un véritable *régime administratif* distinct du droit privé et composé de ces règles particulières et prétorienne.

La *spécialité* du droit administratif procède clairement d'une inaptitude à se départir du droit français dès les origines. Dès 1843, C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS indiquent ainsi qu' "à côté du droit civil il existe un droit public et administratif qui a ses formes et ses règles particulières, et qui a été expressément créé pour l'État"²²⁸.

Avec le temps, avant que la deuxième génération "française" ne fasse son apparition avec le Conseil d'État, la spécialité du droit administratif n'est pas toujours affirmée de manière explicite, mais elle ressort plus souvent d'un ensemble de considérations ou de définitions qui ne réfèrent en toute hypothèse pas au droit commun, au lieu de s'en écarter ostensiblement²²⁹.

²²⁷ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 366 et note 2.

²²⁸ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VI, 1843, "Domaine", p. 353 et, plus généralement, pp. 352 à 366. Les auteurs se réfèrent sans doute à la législation particulière relative aux biens de l'État, mais elle ne dit mot précisément en ce qui concerne l'exercice éventuel sur eux de voies d'exécution. Le droit français est leur source directe d'inspiration. "Le droit administratif est celui qui préside à la gestion des intérêts publics"; il "a ses règles spéciales" (*ibidem*, T. VI, 1843, "Droit administratif", pp. 419 et 421). Autrement dit, les règles du droit commun n'ont pas été faites pour l'État. D'autres auteurs soulignent cet aspect, découlant de la dualité de l'État, mais sans s'interroger sur la spécialité du droit administratif en dehors de règles juridiques spéciales, tel A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., 1885, n^{os} 1 à 4, pp. 9 à 12, n^{os} 173 à 212, pp. 198 à 237; *op. cit.*, T. I, 1895, "Actes illégaux et Compétence".

²²⁹ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 11 et 12 (à noter que pp. 12 et 13, note 2, l'auteur voit dans le droit civil le complément du droit administratif, sans soupçonner cependant tout ce que cela implique); A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., 1885, n^o 1, p. 10; O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n^o 1, p. 5; M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, pp. 1 et 3.

M. VAUTHIER, de son côté, est déjà plus explicite. Il évoque l'existence de rapports ne ressortissant pas du droit civil et "à l'occasion desquels il importe de concilier les intérêts respectifs des particuliers et de la collectivité"²³⁰. Plus loin, il comprend la protection donnée aux administrés par les tribunaux, mais il soutient qu'elle est loin d'avoir introduit une parfaite clarté dans les rapports entre les particuliers et les administrations. "En voulant, à toute force, considérer sous l'angle du droit civil un grand nombre de ces rapports, les tribunaux en sont arrivés à méconnaître la véritable nature des droits et des obligations des administrations, qui ne peuvent être comparés à ceux des particuliers, puisque l'intérêt public y est toujours engagé. La contradiction inévitable entre les principes du droit civil, appliqués par les tribunaux et les éléments étrangers au droit civil, qui dominent la matière, dans les contestations relatives à l'administration, est apparue dans la jurisprudence où elle se manifeste par une certaine confusion. Celle-ci aurait été évitée si les contestations avaient été portées devant une juridiction administrative, comme c'est le cas en France"²³¹. À d'autres endroits, encore, il dénonce l'application "trop étendue du droit civil aux relations juridiques entre les administrations et les administrés. (...) le droit appliqué n'est pas adéquat. Le point de vue auquel se place le "civiliste" ne permet pas de juger, suivant leur nature propre, les droits et obligations réciproques des pouvoirs publics et des particuliers"²³². " (...) les principes du droit civil ne s'adaptent pas parfaitement à la matière" administrative, à sa "tradition" ni aux "nécessités de son fonctionnement"²³³.

On peut déjà constater à l'époque que la conception doctrinale du droit administratif est relativement distincte de la pratique, un peu plus soucieuse de correspondre aux exigences du droit privé. Cet écart ne cessera de s'amplifier, surtout avec la deuxième génération d'auteurs. Les expressions françaises se généralisent avec elle.

Pour P. WIGNY²³⁴, un "droit spécial", des "règles spéciales" organisent des "procédés

²³⁰ M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950. Non au moment de définir le droit administratif (p. 31, n^o 18), mais plus loin (n^o 496, p. 665).

²³¹ *Ibidem*, n^o 503, pp. 675 et 676.

²³² *Ibidem*, n^o 504, p. 677.

²³³ *Ibidem*, n^o 501, p. 689; voy. aussi n^o 509, p. 684.

²³⁴ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n^o 10, pp. 13 et 14; voy. aussi p. 22, n^{os} 20 et 21, ainsi que pp. 141 et s., n^{os} 177 et s. Rem. toutefois en 1947, n^o 67, p. 89, il est vrai à propos des procédés de droit privé que la personne publique peut utiliser si elle les juge plus avantageux. Même dans ce cas, les procédés sont amendés dans la mesure où l'exige un bon fonctionnement. Et l'auteur de s'interroger sur la nature de ce droit privé dans des termes qui valent le détour parce qu'ils rendent compte de l'influence française : "Est-ce le Code civil et le Code de commerce ? Ne faut-il pas plutôt supposer qu'il s'agit d'un droit commun supérieur dont le Code civil serait la version applicable aux particuliers et dont une autre version concernerait les personnes publiques ? Dans ce cas l'effort de la doctrine, de la jurisprudence et des gouvernants serait de dégager des textes du Code civil les principes fondamentaux qui les inspirent et ensuite d'en déduire les normes applicables aux personnes publiques en tenant compte des nécessités du service public. La controverse a une grande portée pratique. Si l'on opte pour l'application du Code civil aux personnes publiques, on doit admettre que les dérogations à leurs dispositions sont exceptionnelles et doivent toujours être justifiées par un texte. Dans le cas contraire, la pratique administrative et une jurisprudence prétorienne peuvent admettre des amendements qui se justifient uniquement par les nécessités du service public. Il est incontestable que la première conception correspond à la tradition belge. Nos autorités administratives et notre jurisprudence invoquent en toute tranquillité les articles du Code civil. La seconde thèse (...) a plus de vraisemblance en France où le droit administratif est l'œuvre prétorienne du Conseil d'État. Mais il ne serait pas impossible de citer en Belgique des cas nombreux où les dispositions du droit privé, en l'absence de tout texte exprès, sont amendées lorsqu'elles sont appliquées aux personnes publiques".

spéciaux", octroient "des privilèges à l'administration". Même lorsque l'administration recourt au droit privé, "Pour assurer son fonctionnement absolument nécessaire, on admet assez facilement des solutions exceptionnelles, même à défaut de texte légal ou de clause expresse". Le droit administratif élabore "des théories novatrices qu'il ignore le droit privé". Il est "autonome et exceptionnel". Exceptionnel car "il fait de larges emprunts au droit commun qu'il se contente d'adapter à ses points de vue particuliers". Plus loin, l'auteur va jusqu'à déplorer l'avancée de l'arrêt "La Flandria". À son estime, la Cour de cassation a "malheureusement" appliqué trop rigoureusement l'article 1382 du Code civil, et ce "pour justifier sa compétence". D'où une jurisprudence confuse et peu satisfaisante²³⁵. L'auteur se complaît encore à évoquer que "Le Droit administratif a établi des régimes particuliers de responsabilité" lorsqu'ils procèdent pourtant de textes expresse²³⁶.

À la suite de P. WIGNY, il faut citer la plupart des auteurs d'ouvrages généraux de droit administratif : L. MOUREAU²³⁷, A. BUTTGEBACH²³⁸, J. DEMBOUR²³⁹, M.-A. FLAMME²⁴⁰, A. MAST, A. ALÉN et J. DUJARDIN²⁴¹, ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE²⁴².

²³⁵ *Ibidem*, p. 287, introduction au n° 381.

²³⁶ *Ibidem*, n° 397, pp. 314 et 315.

²³⁷ L. MOUREAU insiste sur la différence par rapport au droit privé, sur la spécialité du droit administratif qui comporte des principes et des règles qui lui sont propres (*op. cit.*, 1946, pp. 8 et 9). Lorsqu'il évoque avec nuance une "certaine autonomie", il précise de suite qu'à son avis "les diverses branches du droit restent dominées par des principes généraux et ne sont pas séparées par des cloisons absolument étanches" (p. 9 et note 2). Il remarque sans doute que la spécialité du droit administratif se manifeste davantage lorsqu'il existe un ordre de juridictions administratives bien organisé comme en France. Mais il y va d'une tentation d'appliquer plus fréquemment aux litiges administratifs non les règles mais les "principes du droit civil" (p. 9), ce qui est tout de même différent et, partant, significatif. Voy. aussi la définition p. 11, à comp. avec la p. 8.

²³⁸ A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, p. 3, n° 1, ainsi que pp. 4 à 7, n° 3 à 5, partie d'un paragraphe y consacrée comme telle. P. 73, n° 77 : "seul" le droit administratif, "par opposition" et "à l'exclusion" du droit privé. Ou encore n° 78, pp. 75 et 76 : lorsque l'administration recourt à des procédés de droit privé, encore le droit privé ne peut-il s'appliquer "que dans la mesure où il est compatible avec ce que l'on appelle 'les lois générales du service public' (pourtant) formulées par aucun texte légal. La note 12, p. 76, atteste avec force de la conception française dont l'auteur s'inspire.

²³⁹ J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, pp. 14 et 15. Même lorsque l'administration recourt à des procédés de droit privé, l'administration demeure fréquemment soumise à des règles auxquelles les personnes de droit privé échappent". L'activité administrative est au surplus présentée comme échappant dans une large mesure au contrôle des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire.

²⁴⁰ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 5, pp. 6 et 7, n° 21, pp. 64 à 66 (originalité, spécificité, spécialité) ainsi que n° 19, p. 63. L'auteur souhaite, en toute logique avec son point de vue, que la responsabilité de l'administration trouve son particularisme (n° 551 à 555, pp. 1317 à 1321).

²⁴¹ A. MAST, A. ALÉN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 2, p. 4 : les principes du droit administratif diffèrent fondamentalement de ceux qui régissent le droit privé; et p. 67, n° 62 : même quand l'administration a recours aux procédés du droit privé, elle reste un organe qui agit en vue de l'intérêt général et qui, pour cela, prime les intérêts particuliers.

²⁴² J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 2, p. 4, et n° 67, pp. 77 et 78.

²⁴³ Add. J. MERTENS, "Omtrek van het administratief recht", *T.B.P.*, 1951, pp. 343 à 349. Rem. récemment S. STIJNS et H. VUYE, "La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public", *R.G.D.C.*, 1999, p. 616, n° 1 (*contra*) : le droit administratif est identifié comme une zone d'ombre où les privatistes ne s'aventurent point ou rarement et d'où les publicistes ont chassé les règles les plus évidentes du droit commun en invoquant la spécificité du droit administratif.

M. SOMERHAUSEN²⁴⁴, P. QUERTAINMONT²⁴⁵ et C. CAMBIER²⁴⁶, par contre, s'en distinguent. Les deux premiers parce qu'ils évitent le problème. Le dernier parce qu'il ne livre pas une définition propre du droit administratif, mais il s'efforce avant tout d'établir la soumission de principe de l'administration au droit commun²⁴⁷.

L'autonomie du droit administratif connaît un sort quelque peu différent de celui de sa spécialité, car l'expression n'apparaît de manière explicite en droit belge qu'avec la deuxième génération d'auteurs et sous des formulations plus nuancées, mis à part celle de P. WIGNY. Ce dernier écrit à ce sujet que le droit administratif est autonome parce que "constitué de règles qui non seulement lui sont propres, mais, de plus, s'organisent autour de principes fondamentaux au point de constituer une synthèse originale"²⁴⁸.

À sa suite, J. DEMBOUR préfère évoquer une "certaine autonomie"²⁴⁹. Quant à M.-A. FLAMME²⁵⁰, il privilégie l'originalité à l'autonomie dont il précise tout de même, mais à propos des principes généraux, c'est-à-dire dans une partie moins en vue de son précis, qu'elle "a chez nous (...) un tout autre sens, puisque l'administration est en principe soumise au droit privé, lequel n'est écarté que par voie de dérogations, alors que la France a opté pour un "régime administratif" fait de règles propres, appliquées par un juge spécial : celui-ci, même lorsqu'il applique des règles énoncées dans des articles du Code civil, le fait pour le motif que lesdits articles expriment des principes généraux qu'il estime également valables en matière administrative"²⁵¹. L'auteur insiste néanmoins beaucoup sur une différence de régime, évoquant de la sorte une dualité supposée.

²⁴⁴ M. SOMERHAUSEN, *Droit administratif*, 4^e éd., Bruxelles, P.U.B., 1966, p. 1.

²⁴⁵ P. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 1996, n° 1, p. 3, note 2.

²⁴⁶ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 10 et 11.

²⁴⁷ On peut citer dans le même sens des contributions plus modestes liées au principe de spécialité, telles L. MOUREAU, "La signification du principe de légalité dans l'administration moderne", *A.P.T.*, 1980, p. 282. Add. J. SALMON, *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 346 : "Le Code civil s'applique en principe à l'administration et le Code judiciaire supplée au silence du règlement de procédure"; S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1999, p. 616, n° 1 : au nom de l'État de droit, le droit commun (en l'espèce "le droit de la faculté de remplacement", fût-ce avec une réserve posée par la Cour de cassation) leur paraît applicable, sauf dérogation expresse prévue par la Constitution, la loi ou en vertu de la loi.

²⁴⁸ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 10, pp. 13 et 14.

²⁴⁹ J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, p. 17.

²⁵⁰ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 21, pp. 64 à 66.

²⁵¹ *Ibidem*, n° 24, p. 72.

De nombreux auteurs mentionnent encore l'existence d'un véritable *régime administratif*²⁵² dans lequel le droit administratif belge est présenté comme étant de *création prétorienne*^{253 254}, malgré l'arrêt "La Flandria". Les points de vue sont directement liés aux deux premières expressions.

À ce propos, A. BUTTGENBACH paraît un peu plus nuancé lorsqu'il explique qu'à l'instar du droit français, "il n'y a pas de cloisons étanches entre le droit administratif et le droit privé". L'application de ce dernier se réalise toutefois "non sans subir certaines déformations"²⁵⁵. En réalité, l'auteur calque le mode français d'application du droit privé aux activités administratives, tout en feignant de prendre en compte la spécificité du système belge.

²⁵² A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, p. 5, n° 4; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, p. 15; comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 14, note 1, deuxième paragraphe, cité plus loin. L'expression très appauvrie de "régime juridique spécial" est parfois préférée, avec une insistance, le cas échéant, sur sa différence par rapport à celui des particuliers : A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 76 à 84, pp. 73 à 93; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, p. 15, n° 44, p. 91 et n° 50, pp. 101 à 103; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 62, p. 67; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 67, pp. 77 et 78; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 76 à 122, pp. 83 à 133. Comp. D. DÉOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, comp. n° 84, p. 132 (une évolution jurisprudentielle qui aboutit actuellement à soumettre entièrement l'activité du pouvoir exécutif au droit commun !) et p. 136, n° 86 (parallèlement, une conception orientée vers l'autonomie du droit administratif et un régime juridique spécial systématisé par les lois du service public) : une synthèse difficile, même si les deux tendances ne seraient pas incompatibles - ni réellement contradictoires - car les principes de la compétence judiciaire demeurent intacts et l'application de règles dérogatoires n'exclut pas le recours à la sanction ultime de la responsabilité civile.

²⁵³ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, introduction, n° 1, p. 7; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 11, p. 27, ainsi que n° 13, pp. 29 et 30. Un droit "jurisprudentiel" selon M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 22, pp. 66 à 68 ("un droit jurisprudentiel et doctrinal") et P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 28, p. 31 ("pour une grande part, un droit essentiellement jurisprudentiel, notamment parce que, à la différence du droit privé, les principes généraux de ce droit n'ont pas été codifiés").

²⁵⁴ Faut-il y voir le signe d'une évolution ? La jurisprudence administrative n'était pas mentionnée au titre de source du droit administratif chez C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VI, 1843, "Droit administratif", p. 421, ni chez J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 16 à 20. L'inverse devient la constante à partir d'A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., 1885, n° 3, p. 12; O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 11 et 12, pp. 17 à 19 (dont l'auteur souligne surtout "l'importance pratique"); A. VRANCKX, *Administratieve rechtshandelingen*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 36, n° 64; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 28, pp. 25 à 27; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 22, pp. 66 à 68; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 40, pp. 38 et 39; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 41, p. 42; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 28, p. 31. Cela dit, la valeur de la jurisprudence judiciaire reçoit le plus souvent des nuances selon que sont visés les tiers ou les parties à la jurisprudence. Dans le premier cas, elle a valeur interprétative. Dans le second cas, la chose jugée lie bien évidemment les parties. Voy. par exemple M. VAUTHIER pour qui le statut de source de droit est dénié à la jurisprudence et à la doctrine car, même si elles sont importantes voire décisives, elles "ne sont point par elles-mêmes une source de droit positif, en ce sens qu'elles n'ont point la portée d'une règle obligatoire, à laquelle on soit tenu de se conformer à l'avenir" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 30, p. 45). L'opinion de L. MOUREAU est plus nuancée. Il parle de "source interprétative" ou "purement interprétative", respectivement pour la jurisprudence et la doctrine relativement aux tiers au procès (*op. cit.*, 1946, pp. 14 et 15). La jurisprudence est bien entendu impérative pour les parties. J. DEMBOUR parle, quant à lui, de source sociologique à propos de la jurisprudence et de la doctrine, la première étant distinguée de la chose jugée (*op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 23, pp. 57 et 58, ainsi que n° 27 et 28, pp. 63 à 66). Sur la question, voy. en particulier A. VRANCKX, "Is de administratieve rechtspraak een bron van recht ?", *T.B.P.*, 1957, pp. 271 à 275.

²⁵⁵ A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, p. 4, n° 4, note 3.

Il souligne le rôle du "juge spécial" à côté du juge de droit commun²⁵⁶ et il lui reconnaît un rôle créateur plus étendu que celui du droit privé, à travers notamment les "principes généraux du droit administratif", parce que le droit administratif est plus complexe et moins structuré²⁵⁷ : "Ce sera généralement plus aisé pour le juge du contentieux privé qui se trouve en présence de matières codifiées selon certains principes généraux et fondamentaux que pour le juge du contentieux administratif qui se trouve en face d'une multitude de textes, souvent mal coordonnés, dépourvus de tout principe ou idée directrice et qui, n'étant pas nécessairement lié, dans la solution des litiges administratifs, par les principes des codes et du droit privé, se trouvera beaucoup plus libre pour élaborer et construire les "*principes généraux du droit administratif*" "²⁵⁸. Une telle affirmation nie la sujétion au droit privé, sans autre forme de procès.

63. L'influence française jusque dans les sources du droit administratif. L'évocation²⁵⁹ des *sources du droit administratif* est également révélatrice de la conception française que véhiculent les auteurs belges. Le droit privé, principalement le Code civil, devrait avoir une place de choix dans la définition du droit administratif. En effet, il s'agit seulement d'y déroger parfois, le plus souvent partiellement. Une telle place ne lui est pourtant que rarement réservée.

C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, mais aussi A. GIRON, sont relativement étonnants dans cette perspective, car ils sont largement antérieurs à l'arrêt "La Flandria". Mais ils ne seront pas suivis. Ils limitent de surcroît la portée du droit civil à l'activité privée de l'État. Ils énoncent ainsi le Code civil et le Code de procédure civile parmi les sources du droit administratif "généralement en tant qu'ils règlent les rapports d'intérêt privé que l'État, la province, la commune et les établissements publics, considérés comme personnes civiles, peuvent avoir avec des particuliers"²⁶⁰.

Dans le même sens, le droit civil est perçu par J.-H.-N. DE FOOZ comme le complément spécifique du droit administratif, sans en constituer une source à part entière²⁶¹. Sous un paragraphe consacré aux "Rapports du droit administratif avec le droit commun", l'auteur indique clairement la dispersion des textes administratifs, y compris dans les codes de droit commun, de même que le principe selon lequel "le droit commun, la loi de tous, forme très souvent la règle que l'administrateur doit suivre dans ses rapports avec ses propres agents, les

²⁵⁶ A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, p. 4, n° 4.

²⁵⁷ *Ibidem*, n° 28, pp. 26 et 27.

²⁵⁸ *Ibidem*, n° 28, p. 26.

²⁵⁹ Tous les auteurs d'ouvrages généraux ne procèdent pas à un tel exposé, tels P. WIGNY, M. CAPART, R. WILKIN ou encore C. CAMBIER.

²⁶⁰ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VI, 1843, "Droit administratif", p. 421; A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., 1885, n° 3, p. 12.

²⁶¹ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, comp. note 2, pp. 12 et 13, et p. 16 (les sources). Droit civil, selon la formule utilisée, "qui constitue la famille et la capacité des personnes qui la composent, qui détermine les droits dont les choses sont susceptibles et règle le mode de leur transmission". Autant écrire que le droit commun ne concerne qu'une partie de l'activité administrative - l'État-personne juridique -, comme il le fait p. 217.

entrepreneurs, par ex., ou bien avec les particuliers (Contrats, acquisitions, ventes). Ainsi l'autorité du droit commun s'étend sur les conventions qui ont lieu entre l'administration et les administrés; elle ne s'arrête que devant les exceptions qui sont écrites dans la loi²⁶². Plus loin, après avoir constaté le caractère exceptionnel de la juridiction administrative en Belgique, l'auteur prend la peine d'indiquer que "Les tribunaux ordinaires sont les seuls qui connaissent de l'exécution de leurs jugements, c'est-à-dire des contestations qui s'élèvent sur la validité des actes d'exécution (contraintes par corps, commandements, saisies), et de l'exécution des jugements émanés des tribunaux exceptionnels"²⁶³. Il mentionne dans ce sens le Code de procédure civile. De là à étendre le principe aux autorités administratives et aux obligations administratives en général, il n'y a qu'un pas que l'on franchira à un stade plus avancé du raisonnement.

O. ORBAN franchit ce pas au stade des sources, même s'il insiste sur l'irréductible spécificité de l'action administrative dans un paragraphe consacré au droit administratif et au droit civil. Il signale en effet le recours à des poursuites et la pratique des saisies parmi les activités soumises au droit civil (codes civil et de procédure civile)²⁶⁴. Mais l'auteur ajoute de suite qu'il convient d'examiner si l'application de ces règles est possible²⁶⁵. Ce à quoi il finit par répondre par la négative, 423 pages plus loin. Selon l'auteur, il n'y a pas une théorie des obligations "faite exprès pour elle". Mais "il est certain qu'étant donné l'organisation spéciale de l'administration, son caractère et sa mission, certaines dispositions du droit commun devront être écartées. Ainsi, l'on ne concevrait pas qu'on appliquât à l'administration les règles du Code de procédure civile sur les saisies, ni les art. 1144 ou 1166 du Code civil"²⁶⁶ (!).

Cette manière d'aborder la question révèle l'ambiguïté profonde de la distinction de deux activités administratives distinctes en droit belge. L'exécution forcée n'est-elle pas susceptible de constituer un acte civil soumis au droit commun à défaut de normes spécifiques la régissant en ce qui concerne les actes administratifs ? La formule "Code civil et les lois qui le complètent" de l'arrêt "La Flandria" ne renvoie-t-elle pas à "un catalogue de droits qui, sans être exhaustif, permet de résoudre la plupart des problèmes qui se posent dans la pratique"²⁶⁷ ? L'exécution n'en fait-elle pas partie dès lors qu'elle est expressément régie par le Code civil et complétée

²⁶² *Ibidem*, pp. 21 à 24.

²⁶³ *Ibidem*, p. 274, note 1.

²⁶⁴ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 3, p. 7.

²⁶⁵ *Ibidem*, n° 3, p. 8. L'appréciation de l'auteur est évidemment globale. Pour lui, "il y a entre l'administration et les particuliers des différences fondamentales qui ne permettent pas toujours d'appliquer à ces actes purement civils, toutes les règles que tracent les Codes pour ces mêmes actes, quand ils émanent de particuliers. L'activité de l'Administration, en effet, est dominée par son rôle de puissance publique; elle agit en acquit de sa mission supérieure, *lors même qu'elle fait des actes de droit privé*; et il est impossible de ne pas tenir compte de son autorité et de son caractère public, quand on la rencontre impliquée dans des rapports analogues à ceux que la vie civile fait naître entre les citoyens eux-mêmes. Le but que l'Administration poursuit, les droits qu'elle possède et les intérêts généraux qu'elle représente, ainsi que son organisation spéciale nécessitent des dérogations au droit commun", y compris parfois jurisprudentielles (n° 3, pp. 7 et 8, *id.*).

²⁶⁶ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 356, p. 431. Comp. BOUCHENÉ-LEFER, *Principes et notions élémentaires de droit public*, Paris, Cosse et Marchal, 1862, p. 14 : le droit administratif est "le droit public moins la procédure civile et criminelle", notamment.

²⁶⁷ M. LEROY, *op. cit.*, 1996, pp. 68 et 69.

par le Code judiciaire en matière d'exécution forcée²⁶⁸ ? Certes, le droit français comme O. ORBAN tranchent la question par la négative. Est-ce toutefois bien la solution dictée par le système belge tel que conçu en 1831 ?

L'influence française n'a pas disparu après O. ORBAN. Les auteurs qui abordent les sources du droit administratif mentionnent tantôt "les lois administratives"²⁶⁹, tantôt "les lois en général"²⁷⁰ mais sans préciser s'il faut y inclure les lois civiles, à l'exception toutefois de P. QUERTAINMONT²⁷¹. Ce dernier cite en effet, à cet endroit, l'article 1134 du Code civil comme consacrant la liberté de contracter ...

Bref, la doctrine classique refuse fondamentalement l'apport du droit privé dans la conception et la gestion du droit administratif. Mais avec quelle autorité ?

d. Un "compromis à la belge" en pratique

64. L'application partielle du droit commun. Le rapide tour d'horizon concernant la place réservée au droit commun dans la définition du droit administratif en doctrine indique clairement l'entretien d'une inspiration française, au mépris des spécificités du système belge pourtant mises en évidence dès l'arrêt "La Flandria". Il faut toutefois se garder de croire que, de la sorte, les auteurs ont voulu rompre avec l'arrêt de principe. Au contraire et de manière plus "compréhensible" dans la continuité des événements, ils ont limité la portée de l'arrêt au droit de la responsabilité. Dans les autres matières, ils ont entretenu la tradition française. En somme, ils n'ont pas tiré de l'arrêt tous les enseignements qu'il contenait. Ils ont réalisé une sorte de "compromis à la belge".

Le paradoxe qui en résulte n'est pas grave en soi. Le problème est plutôt qu'à force de baigner les acteurs dans cette conception française, les auteurs ont profondément déterminé l'état concret du droit positif, que ce soit en jurisprudence, en législation ou en pratique. Même en doctrine, à force de n'étudier que les règles spéciales du droit administratif et de se convaincre de sa nécessaire particularité, les auteurs n'ont pas aperçu les exigences fondamentales du droit commun. Pire encore, la nature des choses a pris le pas sur la légalité. En règle, on ne

²⁶⁸ Comp. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 476, p. 389 : les droits qui fondent cette matière et les actions correspondantes ne résultent-ils pas du droit privé ?

²⁶⁹ L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 12, l'adjectif étant précisé en titre; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 26, p. 21; M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 2, le Code civil comme d'autres codes étant cités en tant qu'ils comportent des textes de droit administratif; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 19, pp. 32 et 33, étant précisé, exemples à l'appui, qu'il s'agit de lois par lesquelles le législateur règle directement des questions d'intérêt commun; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 23, p. 68, les exemples indiquant clairement la nature administrative des lois visées.

²⁷⁰ M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 30, p. 44; P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, p. 5, § 5; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 36, n° 64; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 23, p. 21 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 23, p. 21.

²⁷¹ P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 11, p. 13.

s'interroge pas sur la source légale de la spécificité, c'est-à-dire sur sa légitimité. Il règne une sorte de déterminisme en droit administratif, qui l'isole des autres disciplines. Le droit administratif est presque déconnecté du système constitutionnel, si ce n'est que ce dernier a créé le pouvoir exécutif et qu'il a prévu son contrôle.

65. L'adaptation limitée du droit commun. Tout compromis est fait de concessions mutuelles. La principale concession faite en droit belge l'a été sous la pression du juge judiciaire. Elle est d'avoir limité en pratique l'adaptation du droit commun aux autorités administratives. Le principe même de l'adaptation limitée trouve un écho en doctrine. Et l'influence concrète du droit commun dans certaines matières peut être décelée en jurisprudence. Il en résulte une étrange alchimie entre droit commun, spécificité administrative et principes généraux du droit ou, plus simplement, jurisprudence.

La réalité du procédé en *jurisprudence* sera éprouvée dans le titre II en matière d'exécution administrative, sous la bannière des privilèges. Pour le reste, on se limite à mentionner l'évolution enregistrée en ce qui concerne l'immunité d'exécution des biens de l'État.

En effet, la Cour de cassation s'est longtemps prévalu de la séparation des pouvoirs, en marge de l'arrêt "La Flandria"²⁷², pour empêcher toute exécution forcée sur les biens de l'État. En définitive, c'était empêcher l'application du droit commun aux biens de l'État sur un point bien précis. Au fil des ans, la Cour a toutefois succombé au droit commun, sous la pression de la doctrine. Elle a d'abord autorisé une brèche dans l'immunité, en avançant cette fois le critère de la continuité du service public²⁷³. Ensuite, avant d'avoir pu aller plus loin dans une application progressive du droit commun, le législateur a consacré le principe au beau milieu du droit commun, à l'article 1412bis du *Code judiciaire*. Un peu comme s'il avait voulu asseoir la dérogation²⁷⁴. En bref, il est indéniable que le droit belge est en mouvement sur ce point.

Dans une partie de la *doctrine*, aussi, la conviction d'un compromis possible dans l'application du droit privé en matière administrative s'est progressivement installée, principalement à la suite de l'arrêt "La Flandria".

²⁷² Avant l'arrêt "La Flandria", la Cour s'en prévalait pour limiter, voire empêcher, le contrôle de l'action administrative.

²⁷³ Il s'agit encore d'un principe général d'origine française.

²⁷⁴ D'autres exemples pourraient être cités, telle la faculté de remplacement à l'encontre d'une autorité administrative en matière non pécuniaire. D'abord refoulée au nom de la séparation des pouvoirs, elle a ensuite été acceptée sans possibilité d'exécution forcée, pour finalement être conditionnée par la continuité du service public. En ce qui concerne l'authenticité des actes administratifs, on pouvait lire dans la jurisprudence de la Cour de cassation en 1881, au sujet de l'art. 1317 du Code civil, que "(...) la définition de l'acte authentique donnée par le code civil ne s'applique, comme l'attestent sa rédaction et la matière dont elle s'occupe, qu'à la preuve des obligations conventionnelles et à celle de leur paiement". Elle ne peut dès lors pas être invoquée dans les questions qui sont exclusivement d'un domaine régi par des principes spéciaux, tel le droit fiscal. La Cour qualifie néanmoins (mais de manière spécifique) d'"acte public faisant foi de ses énonciations" les écritures administratives consignées dans un registre par les receveurs conformément à la loi (Cass., 15 décembre 1881, *Pas.*, 1882, I, 14, ici 18). Rem. les concl. conf. proc. gén. MESDACH de ter KIELE, alors pr. av. gén., 15, ici 16 : "le code civil doit être tenu fermé et nous ne pouvons avoir égard qu'aux seules règles du droit public".

66. Le principe en doctrine. En 1921, M. VAUTHIER résume avec pertinence le débat :

"(...) ne nous imaginons point qu'il y a désormais une rupture complète entre le présent et le passé, que les idées qui avaient cours autrefois sont frappées d'une déchéance définitive, que les particuliers posséderont dorénavant, à l'encontre de l'administration, des armes invincibles et qu'enfin l'administration ne jouira plus d'aucune sécurité"²⁷⁵. Il revient plutôt aux tribunaux la tâche difficile et redoutable d'élaborer une "théorie des obligations de l'administration"²⁷⁶.

Par la suite, seules quelques nuances sont apportées au principe, selon que l'on a plutôt affaire à des défenseurs ou à des détracteurs de la sujétion. Mais les partisans eux-mêmes de la sujétion ne sont pas hostiles à une certaine adaptation en jurisprudence. Ils soulignent seulement l'application de la règle plutôt que son aménagement.

H. BUCH, parmi les détracteurs, remet en cause jusqu'à l'acquis de l'arrêt "La Flandria" : "si l'on a cru pouvoir jusqu'à présent, se servir du modèle de l'article 1382 du Code civil pour régler la "responsabilité" de l'État, il y a lieu de croire qu'il faudra formuler de nouveaux concepts et concevoir de nouvelles formules pour la "responsabilité" de l'État engendrée par cette nouvelle législation" consécutive au considérable accroissement des activités de l'État²⁷⁷.

P. DE HARVEN, quant à lui, reconnaît la possibilité de notions plus spécifiques à l'administration. Car "Il ne suffit point de formuler de larges principes et de dire que l'administration est susceptible d'être enchaînée par le droit civil (...). Il faudra toujours, suivant les temps et les circonstances, déterminer quand l'État est en faute, et, certes, la tâche n'est pas aisée, car la nature spéciale et sociale des fonctions de l'État diffèrent malgré tout, des activités individuelles"²⁷⁸. P. LECLERCQ ne prétend pas autre chose lorsqu'il écrit que "La question de droit se complique en réalité souvent d'une question de fait"²⁷⁹.

X (M. VAUTHIER)²⁸⁰, de son côté, est parfois tellement nuancé qu'il devient difficile à cerner. Il avance notamment que "La question de savoir si l'administration est grevée d'obligations, dépend d'une multitude de circonstances; et ces circonstances, les tribunaux

²⁷⁵ X (M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, p. 56.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 61, *id.*

²⁷⁷ H. BUCH, *op. cit.*, J.T., 1970, p. 743. *Add.* du même auteur, "À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs", in *Miscellanea W.J.G. van der Meersch*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 428 : on ne peut faire rentrer l'ensemble de l'action administrative dans le cadre de la responsabilité de la fonction publique.

²⁷⁸ P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, p. 341.

²⁷⁹ Voy. P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Pas.*, 1933, 225, 226 et 229, ici 225. *Add.* 230 : "Il est peu aisé d'énoncer une règle générale qui puisse tracer d'une façon certaine la séparation entre ces deux hypothèses". Comp. L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 230 : " (...) l'on est obligé, par la force des choses, de reconnaître que la notion de responsabilité n'est pas d'une application universelle, et de faire fléchir la rigueur du principe devant l'évidence de certaines nécessités. La logique de l'action l'emporte sur la logique des idées". À la page précédente, ce dernier évoque une "irrésistible nécessité d'ordre public" : et il n'est pas, quoiqu'on en ait, de système de droit, de doctrine juridique qui puisse se passer de cette notion un peu vague, un peu flottante, mais par là même facilement adaptable aux variations effectives de l'intérêt public".

²⁸⁰ X (M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, pp. 60 à 65. Du même auteur et dans le même sens : R.A., 1921, pp. 421 à 426.

doivent les apprécier avec exactitude, en ayant égard à la situation complexe dans laquelle l'administration se trouve placée²⁸¹. "Il faut (...) serrer la réalité de très près, analyser avec une attention scrupuleuse, en tenant compte d'une infinité de circonstances, les relations innombrables que fait naître l'existence sociale"²⁸². "Il importe surtout d'élaborer des règles directrices qui concilient les intérêts légitimes des particuliers avec les nécessités de l'administration"²⁸³.

Bref, il peut y avoir un seul juge, il y a toujours deux "droits"²⁸⁴.

"En somme, l'administration reçoit un même juge que le citoyen. Elle va être soumise au même droit que lui. Elle sera responsable au même titre que lui. Mais comment l'empêcher de rester l'administration ... ?"²⁸⁵

67. Le procédé de la conciliation. Concilier le droit commun avec l'intérêt général revient, semble-t-il, et sans passer l'ensemble du droit administratif au crible de cette théorie, à dépasser la "simple" prise en compte des spécificités administratives à partir des critères du droit commun, tels le lien de causalité, la notion de dommage ou la force majeure en matière de responsabilité.

Deux auteurs permettent d'en avoir le cœur net²⁸⁶.

Selon F. BRUSSELMANS, "En droit public belge, on applique en principe les règles du droit commun. On les combine cependant avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics en ce sens que, tenant compte des dites nécessités, on les modifie ou, éventuellement, on s'abstient même de les appliquer"²⁸⁷. Il ne suffit toutefois pas de s'inspirer des idées générales à la base des règles du droit privé, "il faut appliquer celles-ci aussi longtemps qu'il n'y a pas contre-indication formelle. Cette attitude est commandée par le souci de la sécurité juridique. La sécurité juridique est faite essentiellement d'une attente d'application du droit commun"²⁸⁸.

281 X (M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, p. 60.

282 *Ibidem*, p. 61.

283 *Ibidem*, p. 63.

284 M. LEROY, *op. cit.*, 1996, pp. 26 et 27.

285 F. DELPÉRÉE, "L'administration responsable ...", in Jeune Barreau de Bruxelles, *op. cit.*, 1983, p. 113. Add. D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1986, n° 284, p. 467, note 60 : "un régime juridique à nul autre pareil".

286 Add. C. HUBERLAN, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, pp. 667 et s., ainsi que note préliminaire à J.-P. BUFFELAN, *op. cit.*, R.J.D.A., 1967, pp. 233 à 239 où l'auteur affirme que la conception belge de l'autonomie du droit administratif est fort différente de la conception française, mais en réalité seulement parce que l'autonomie est "moins accusée" : il demeure une irréductible originalité.

287 F. BRUSSELMANS, "La responsabilité civile des fonctionnaires", *Annales de droit et de sciences politiques*, 1937, p. 39.

288 "Toute dérogation au droit commun déçoit cette attente, elle constitue en quelque sorte un trouble de la vie juridique. Toute dérogation au droit commun exige que nous examinions donc avec soin si le bon fonctionnement des services publics l'exige d'une façon indiscutable" (*ibidem*, pp. 39 et 40).

Pour C. CAMBIER, "D'être justiciable des tribunaux ordinaires, vaut à l'administration de voir appliquer le droit communément pratiqué par ces juridictions : le Code civil et les lois qui le complètent. L'autonomie du droit administratif devient relative : un droit qui prend l'aspect d'un "droit commun" s'impose; c'est par des adaptations mesurées de ce droit aux exigences de la chose publique prise en charge par l'administration que l'on procède"^{289 290}.

68. Un manque de cohérence en doctrine. L'idée n'est en réalité pas neuve en droit administratif belge. Il est donc étonnant qu'elle n'ait pas été approfondie plus tôt. Déjà en 1843, C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS concluaient par exemple, à propos de l'exécution forcée d'une obligation de faire à charge de l'État, qu'une solution adaptée devait conduire à laisser à l'administration le temps nécessaire pour se retourner, comme souvent au particulier en pratique à l'heure actuelle. Avec cette phrase étonnante pour l'époque : "Cette marche n'est tracée par aucune loi; mais la raison l'indique comme la meilleure à suivre dans le cas qui nous occupe et dans tous les cas analogues. C'est la seule en effet qui puisse concilier l'intérêt public avec les exigences de l'intérêt privé"²⁹¹.

Ce qui est plus neuf, en revanche, c'est la reconnaissance de l'application du droit commun, même si elle est timide et modalisée. Elle n'est en effet pas de mise dans la doctrine classique. Le système y est plutôt présenté comme fonctionnant de manière duale et cloisonnée, selon le mode français. La valeur relative du droit commun peut ainsi paraître contradictoire, par comparaison avec les idées plus radicales véhiculées dans la plupart des ouvrages généraux

289 C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 13 et 14, mais également p. 231 où l'auteur évoque la conciliation du droit privé qu'il applique "aux exigences de l'action publique". Voy. aussi, du même auteur, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, Larcier, 1947, pp. 146 à 148 et 512 à 519, ainsi que *op. cit.*, T. I, 1961, pp. 15, 332 à 337 : " (...) un grand nombre de rapports des particuliers avec les autorités administratives trouvent et peuvent continuer à trouver, avec des amendements mesurés, leurs normes dans le Code civil et dans les lois qui le complètent" (p. 15). Selon M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 21, p. 65, C. CAMBIER serait plus enclin à admettre l'originalité du droit administratif dans son précis de droit administratif (1961) que naguère dans son précis de contentieux administratif (1968). Comp. pourtant avec le compte rendu (cité) par P. DE VISSCHER du premier tome des *Principes de contentieux administratif* (1961) où C. CAMBIER est présenté comme "un auteur qui croit en l'unité du droit et qui met en doute l'autonomie du droit administratif" (R.J.D.A., 1961, p. 158). Comp. aussi avec le précis de droit administratif, en particulier avec les pages citées par M.-A. FLAMME au même endroit, en note 5, avec le commentaire selon lequel, pour C. CAMBIER, l'originalité découlerait "de la nécessité d'adapter le droit commun - c'est-à-dire le droit privé - aux exigences de la chose publique, la prévalence du judiciaire et celle d'un droit commun demeurant impuissantes à nier l'existence de besoins spécifiques qui appellent des solutions nuancées". L'interprétation de M.-A. FLAMME est manifestement personnelle. Les propos prêtés à la plume de C. CAMBIER sont exagérés. L'auteur est de la sorte utilisé. Car les références attestent un souci d'adapter le droit privé aux exigences de l'action publique lorsque cela s'avère nécessaire, mais non la "nécessité" d'adapter le droit commun - il est tentant d'ajouter "à tout prix". Tout est une question de nuance. Voy. C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 11, 15 et 231.

290 À noter que l'auteur écrit lui-même, à propos de son approche du droit administratif, qu'elle "diffère nettement, en ses principes du moins, de celle adoptée par de nombreux publicistes belges (tels A. BUTTGEBACH, J. DEMBOUR, A. MAST et P. WIGNY). Nous admettons qu'il y a place, chez nous, pour un "régime administratif" (...). Nous considérons cependant que, pratiqué dans un système judiciaire, ce régime se distingue assez profondément de celui qui est mis en œuvre en France. L'éclairage et le relief de la matière différent (...)" (C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 14, note 1, deuxième paragraphe, idr). L'auteur utilise également l'expression "régime judiciaire" (*op. cit.*, T. I, 1961, p. 15).

291 C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1843, "Domaine", p. 365.

(autonomie, spécificité et "jurisprudentialité"). Globalement, il en résulte un manque de cohérence en doctrine.

On rencontre le paradoxe inverse en droit français. Comme si, dans les deux systèmes juridiques, une partie de la doctrine était attirée par le système "opposé". En littérature française, il est devenu de tradition de comparer l'activité juridique administrative et civile sous de nombreuses coutures. Les auteurs concluent ainsi à de nombreux rapprochements, en particulier depuis L. DUGUIT. En littérature belge, par contre, la plupart des auteurs s'efforcent d'établir la différence des deux disciplines. Ils vont le plus souvent jusqu'à omettre l'emprise du droit commun sur le droit administratif.

M.-A. FLAMME est une bonne illustration de cette tendance devenue traditionnelle en droit belge. Dans son précis de droit administratif, l'auteur affirme qu'il est en mesure de conclure à l'originalité du droit des contrats de l'administration en Belgique²⁹². Il ne cache pas une certaine satisfaction à cet égard. Il ne précise cependant pas si l'œuvre est celle du législateur, du juge ou des parties au contrat²⁹³.

P. QUERTAINMONT²⁹⁴ confirme la tendance à sa manière. Il pense trouver dans le droit administratif de l'économie un domaine permettant de dépasser le clivage entre droit privé et droit public²⁹⁵. *A contrario*, il souscrit ainsi à l'existence de ce clivage dans les domaines plus traditionnels du droit administratif.

Selon l'auteur, on assiste à "un certain effacement du critère des procédés d'intervention propres au droit public" en matière économique. En réalité, le mode unilatéral d'intervention tend à s'estomper dans la plupart des matières administratives²⁹⁶. Quant au "nouveau mode" d'intervention, il ne résulte pas d'un rôle accru accordé au droit commun, dont l'application

²⁹² M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 21, p. 66, sur base d'autres recherches. Il conclut à l'analogie, mais pas à l'opposition.

²⁹³ Comp. *ibidem*, n° 17, pp. 50 et 51. P. 48, l'auteur indique toutefois que ce régime juridique spécial (les lois du service public) aurait vu ses grandes lignes fixées peu à peu par la jurisprudence et surtout par la doctrine. C'est-à-dire comme en droit français. Cela dit, les restrictions apportées à l'application du droit commun sont parfois critiquées lorsqu'elles apparaissent aux auteurs comme n'étant pas justifiées. Mais les discussions paraissent toutefois fort peu juridiques. En matière de responsabilité, pour prendre l'exemple du fonctionnaire, voy. not. M.-A. FLAMME, "Responsabilité personnelle du fonctionnaire", *R.A.*, 1968, pp. 77 à 120, en particulier p. 115, n° 60 et s., ainsi que J.-L. FAGNART, "La responsabilité aquilienne (1955-1967)", chronique de jurisprudence, quatrième partie, *J.T.*, 1970, n° 98, p. 112, et les références citées par les deux auteurs. La plupart des auteurs feraient ainsi écrire à H. BUCH que l'on "se cramponne au droit commun" jusqu'à refuser d'admettre l'existence même d'une catégorie spécifique de responsabilité à l'endroit de l'administration ou des fonctionnaires (*op. cit.*, *J.T.*, 1970, p. 737). Telle n'est pourtant pas l'impression à lire les précis de droit administratif sous influence française, et not. A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 77, pp. 73 et 74, et n° 352 à 353, pp. 324 à 330.

²⁹⁴ P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 1, p. 4.

²⁹⁵ La mention en note 4 de la base proposée par J. VELU (*op. cit.*, 1986, n° 4) à la séparation du droit en droit public et en droit privé est éloquent en ce qui concerne l'influence française. Il s'agit de la distinction fondamentale entre les gouvernants et les gouvernés. Le droit public s'applique dès qu'un gouvernant est partie à un rapport juridique, tandis que le droit privé comporte l'ensemble des règles concernant les rapports entre les gouvernés.

²⁹⁶ Rem. à cet égard la thèse de M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991.

supplétive succéderait ainsi à l'élimination du régime dérogatoire. Au contraire, un nouveau régime dérogatoire est mis sur pied, cette fois par la voie légale. Il est destiné à proposer "des méthodes nouvelles d'incitation et de persuasion"; à remplacer, autrement dit, les moyens d'autorité. Certes, les procédures élaborées sont davantage inspirées du droit privé ou de l'esprit qui le caractérise. Le procédé confirme néanmoins la nature dérogatoire du droit administratif. Il semble donc exagéré d'affirmer "l'unité du droit administratif de l'économie", "ni privatiste, ni publiciste", qui "l'emporte (...) sur la distinction du droit public et du droit privé"? Sans doute trouve-t-il "sa raison d'être dans l'évolution du droit administratif qui doit s'adapter aux situations hybrides nées de l'interventionnisme économique public", c'est-à-dire "à des situations juridiques qui juxtaposent des éléments de droit public et de droit privé". Mais toute intervention administrative n'a-t-elle pas par définition un caractère hybride quant au régime lui applicable, sous peine de devoir considérer un régime entièrement dérogatoire?

69. Un procédé légitime? À tout prendre, l'adaptation limitée du droit commun présente l'avantage d'emporter le souci de respecter au mieux le droit commun. La fin ne justifie toutefois pas les moyens. Il convient donc de s'interroger sur la légitimité du procédé en droit belge.

En droit français, la question ne fait aucun doute. Il revient en effet au juge administratif de formuler des règles²⁹⁷, principalement dans le silence de la loi.

Un tel silence est par contre quasi inconcevable en Belgique, puisque la loi n'y est jamais vraiment silencieuse. La loi commune existe et elle doit être appliquée. L'idée a donc été trouvée qu'il fallait parfois l'adapter. C'était en quelque sorte le seul moyen de conserver l'approche française du droit administratif. Une approche néanmoins dénaturée. Ce que traduit l'idée selon laquelle le droit administratif belge revêt "un *minimum* d'originalité ou de spécificité"²⁹⁸.

La marge de manœuvre du juge administratif semble pourtant parfois bien réelle en droit belge. Il aurait ainsi pallié à certaines insuffisances légales. Il aurait notamment déterminé les conditions dans lesquelles il peut être procédé au retrait d'un acte administratif²⁹⁹, à l'instar de son homologue français. Fondamentalement, toutefois, l'œuvre prétorienne du Conseil d'État belge est très limitée, en particulier par son objet (l'annulation); ce qui n'est pas le cas, faut-il le rappeler, du Conseil d'État français. Le retrait d'un acte administratif serait d'ailleurs déduit, en droit belge, de la loi autorisant le Conseil d'État à annuler un acte administratif³⁰⁰. Et il n'est pas non plus ignoré que le Conseil d'État de Belgique a peu à peu pris de la distance par rapport à la jurisprudence de son homologue français, notamment en ce qui concerne la théorie du retrait des actes administratifs, mais aussi à propos de celle des actes de gouvernement, ou encore de celle des actes détachables.

²⁹⁷ H. BUCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1970, p. 741.

²⁹⁸ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 21, p. 65, *id.*

²⁹⁹ H. BUCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1970, p. 741. Seul le principe retient l'attention. À son égard, voy. aussi J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 11, p. 28.

³⁰⁰ M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, pp. 249 à 268, n° 192 à 208.

Tout le problème en droit belge est en réalité de savoir qui est autorisé à adapter le droit privé aux autorités administratives. La question est largement passée sous silence en doctrine. À première vue, on peut toutefois avancer que si c'est le législateur, la critique juridique éventuelle est cantonnée à la Constitution et spécialement aux principes d'égalité et de non-discrimination. Mais si c'est le juge comme en France, la légitimité démocratique de ses convictions - et donc leur autorité - pose nettement plus de questions.

e. Les moyens de déroger au droit commun

70. La voie du législateur. La "voie royale" pour l'adaptation du droit privé en matière administrative est la norme de valeur législative. Aujourd'hui, c'est devenu le cas également en droit français. Le législateur ne peut toutefois pas tout se permettre. Il doit principalement respecter la Constitution. Le principe d'égalité est essentiel dans ce cadre.

On connaît l'importance du principe en droit belge. Il conduit activement à diminuer la différence du droit administratif par rapport au droit privé. On en verra plusieurs applications à propos des privilèges, dans le titre II. L'important, à ce stade, est plutôt de remarquer la portée réduite du principe en droit administratif français³⁰¹. D'une part, la spécificité du droit administratif est une valeur largement intégrée par le Conseil constitutionnel français dans sa jurisprudence³⁰². D'autre part, les conditions d'exercice du contrôle par le Conseil constitutionnel en réduisent fortement la portée. Il s'agit, en France, d'un contrôle uniquement *a priori*, certes obligatoire pour les lois organiques, mais facultatif et sur recours réservé à certaines autorités pour toutes les autres lois. Les particuliers en sont donc exclus, même sur question préjudicielle, ce qui met à l'abri une partie considérable de la plus ancienne législation (les lois adoptées par référendum sont exclues du contrôle). Bref, en matière administrative, il semble que le législateur français évolue plus librement qu'en droit belge.

71. La voie du juge. Tel est également le cas - on le sait désormais - en ce qui concerne l'action du juge. Il a en effet été établi que la marge de manœuvre du juge belge, dans l'adaptation du droit commun, est moins grande qu'en droit français.

Avec le recul, un tel compromis est pour le moins étonnant. La différence de régime par rapport au droit français s'explique en effet par une différence liée au système juridique. Mais comment justifier que cette différence débouche sur une simple nuance plutôt que sur une véritable différence plus complète ? La question peut être formulée autrement, dans la droite ligne des développements qui précèdent : la sujétion de principe au droit commun permet-elle réellement au juge de tempérer certaines exigences de ce droit ? Le lui permet-elle, le cas échéant, de n'importe quelle façon ?

³⁰¹ L'égalité des citoyens procède du préambule de la Constitution française du 4 octobre 1958.

³⁰² Voy. ci-dessous, n° 76.

On le devine : il est vraisemblable qu'en Belgique l'adaptation "unilatérale"³⁰³ du droit commun soit aussi critiquable sur le plan des principes que la création d'un droit autonome. L'assertion est d'autant plus vraisemblable qu'on ne trouve pas l'équivalent d'un arrêt "Blanco" en droit belge et que la spécialité du droit administratif n'est pas affirmée comme procédant directement de la Constitution. Au contraire même, on y rencontre l'arrêt "La Flandria" qui va plutôt dans le sens opposé.

En pratique, néanmoins, on n'est pas loin du droit français. Les idées, à force d'être répétées en doctrine, ont probablement convaincu le juge d'un réel pouvoir de fait. En théorie, le juge administratif va même jusqu'à emporter la préférence des auteurs pour l'adaptation du droit commun. Pourtant, la seule différence établie par le Constituant et le législateur entre les deux juridictions concerne la sanction attachée au contrôle respectif, mais pas le contrôle de légalité lui-même³⁰⁴. Dans les faits, néanmoins, il est indéniable que Conseil d'État a largement contribué au développement du contrôle de légalité, sur une base souvent jurisprudentielle. Bref, on a l'impression que les auteurs et les juges se jouent parfois arbitrairement du droit commun en droit belge.

72. Le principe général de droit. Concrètement, c'est souvent par l'intermédiaire du principe général de droit que le droit privé est adapté au service public. Le cas échéant, on a parfois affaire à de véritables théories jurisprudentielles³⁰⁵ : "ce droit naturel où chacun met ce qu'il veut bien y mettre, feint d'y découvrir ce qu'il y a mis puis le brandit victorieusement en s'indignant de ce que d'autres y ont pu mettre"³⁰⁶.

³⁰³ C'est-à-dire par le juge et sans l'intervention préalable du législateur.

³⁰⁴ Pour cette raison précise, un juge spécialisé, intégré à l'ordre judiciaire, eût d'ailleurs vraisemblablement mieux convenu que l'éclatement artificiel des contentieux (plus) subjectif et (plus) objectif. En pratique, le contentieux judiciaire a longtemps été cantonné au secteur d'une responsabilité administrative très respectueuse du domaine de l'opportunité (voy. *infra*, n° 83 et s.). Le Conseil d'État a permis de dépasser ce domaine en imposant de "nouvelles" exigences aux administrations, en particulier sur base des principes de bonne administration, à partir des notions d'excès et de détournement de pouvoir. Sur le plan des principes, toutefois, les mêmes exigences peuvent être posées par le pouvoir judiciaire, puisque toute illégalité est constitutive d'une faute. Il semble pourtant que les juges judiciaires soient encore aujourd'hui plus timides que le juge administratif à cet égard. Comp. avec le lien entre les fautes civiles et pénales, même si, en l'occurrence, "l'administratif ne tient pas nécessairement le civil en état".

³⁰⁵ Principes généraux et théories jurisprudentielles ne peuvent pas être dissociés. Rem. ainsi D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986 : l'auteur rapproche, dans une certaine mesure, l'erreur manifeste d'appréciation des théories de la voie de fait et de l'inexistence de l'acte parce qu'il s'agit, dans les trois cas, d'un contrôle négatif (l'inopportunité), de mécanismes de "dénaturation" (une "théorie générale de la dénaturation"), de constructions jurisprudentielles qui trouvent leur commun dénominateur dans le recours plus ou moins accentué fait au critère de l'évidence. La théorie est comparable, selon l'auteur, à la théorie des principes généraux du droit. "À la base de l'une comme de l'autre repose la même idée fondamentale, qui est une idée de cohérence nécessaire. De même que le Conseil d'État français élaborait, en 1943, la théorie des principes généraux du droit pour sanctionner les abus du législateur de Vichy, en interprétant restrictivement certaines lois venant heurter la cohérence du système juridique, de même aussi le juge administratif a-t-il recours aujourd'hui au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation pour sanctionner les irrationalités de l'administration dans un secteur - celui des appréciations d'opportunité - où ses autres instruments de contrôle se sont révélés insuffisants" (p. 523). Dans les deux cas, le juge s'inspire de la nature des choses, de la conscience juridique collective.

³⁰⁶ A.-J. MAST, "Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative", *R.J.D.A.*, 1956, p. 90.

L'importance des principes généraux ne doit plus être établie, que ce soit en droit administratif comme en droit privé. Ils participent du pouvoir créateur du juge. Ils ne sont guère plus contestés aujourd'hui. La littérature à leur sujet est plus qu'abondante.

Il ne s'agit donc pas, dans le cadre limité de la présente recherche, de construire une nouvelle théorie des principes généraux. Le sujet vaut à lui seul une dissertation doctorale. Leur portée concrète en ce qui concerne les privilèges est surtout quasi nulle en droit belge. Plus exactement, elle n'est pas spécifique au droit administratif. Elle est commune aux droits privé et administratif. Les mêmes principes trouvent à s'appliquer dans les deux disciplines³⁰⁷. L'idée précise que l'on souhaite faire passer se rapporte donc exclusivement à la dualité entre le droit administratif et le droit privé.

73. La dualité des principes généraux (critique). En pratique, on retrouve en effet la même dualité entre les deux disciplines dans les principes généraux du droit. *De lege ferenda*, une telle dualité est pourtant loin d'être légitime dans un système où le principe doit être celui de la sujétion au droit commun. On s'attendrait plus volontiers à des principes généraux communs aux deux matières.

Il faut bien comprendre le propos. Il ne vise pas à écarter *a priori* toute spécificité administrative. Il vise seulement à démontrer que la prise en compte de cette spécificité devrait s'inscrire nécessairement à l'intérieur du droit commun. C'est-à-dire qu'elle devrait être dégagée à partir des catégories du droit commun.

L'hypothèse ne revient pas nécessairement à diminuer la spécificité administrative. Il semble même au contraire que l'on sous-estime souvent les capacités du droit commun à permettre une adaptation qui lui soit entièrement conforme³⁰⁸.

Pour en revenir aux principes généraux du droit, leur dualisme s'explique d'autant moins que le caractère général du principe requiert par définition une certaine universalité³⁰⁹ (pour ne pas dire une certaine égalité). Par définition, en effet, le principe général se prête vraisemblablement mieux que toute autre catégorie juridique à l'adaptation selon les matières.

³⁰⁷ Voy. *infra*, titre II, n° 415 (la continuité du service public n'est qu'un fondement idéologique pour les privilèges) et n° 490 et s. (à travers l'urgente nécessité ou la force majeure, et la proportionnalité).

³⁰⁸ Par tradition ? Comp. F. OST, "L'étrange thérapie du conseiller Leroy", *Journ. procès*, 3 octobre 1997, p. 10, en réponse à M. LEROY, "Balance des intérêts, démocratie et mégalomanie", in *La République des juges*, Éd. du jeune barreau de Liège, 1997, pp. 23 à 32 (dont le point de vue est résumé ci-dessous, note 321) : "une meilleure utilisation de toutes les ressources du système juridique (la théorie de l'erreur manifeste, la théorie de l'urgence, ...) aurait permis d'éviter les conséquences déraisonnables dénoncées, sans pour autant faire tonner la grosse artillerie de l'opportunité et de l'équité". Il en va de même avec les principes généraux dont la spécificité au droit administratif n'apparaît pas *a priori* nécessaire, voire même néfaste dans la perspective de la sujétion au droit commun.

³⁰⁹ Rem. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1969, n° 91, p. 105. Comp. L.P. SUETENS, "Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch administratief recht" et "Algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State", in *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Deurne, die Keure, 1997, resp. n° 1, p. 335 et p. 374, n° 3 (sur le plan des principes, car l'auteur est favorable à la dualité); H. BUCH, in *Miscellanea W.J.G. van der Meersch*, T. III, op. cit., 1973, pp. 421 et 422.

D'une certaine manière, l'opinion a déjà été formulée à l'endroit de certains principes en particulier^{310 311 312}, comme le principe de proportionnalité ou les droits de la défense.

³¹⁰ Comp. A. HAURIU, in *Recueil d'études ... Gény*, op. cit., T. III, 1935, p. 95, des principes généraux dominant toutes les branches du droit. Comp. M. HAURIU et G. de BEZIN, "La déclaration de volonté dans le droit administratif français", *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1903, resp. pp. 545 et 583 : "(...) le droit administratif français a cherché, dès ses débuts, à adapter ses règles (les règles du droit privé) aux exigences de l'administration centralisée moderne qui procède par décisions exécutoires publiques s'adressant à la masse confuse et désarmée des administrés"; "(...) tout en puisant dans les principes généraux du droit civil, il opère un triage et un choix". Comp. encore l'abus de droit et l'excès de pouvoir. Déjà la théorie des risques et périls était renseignée au titre d'une application, d'une transposition de l'abus de droit dans la zone des faits d'exécution (voy. L. SFEZ, op. cit., 1966, pp. 203 et 206). À noter toutefois qu'à l'époque, les principes généraux servaient en moyenne à désigner les règles de base d'une matière.

³¹¹ Rem. J.M. POLAK, "Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen", in *Liber amicorum J. Ronse*, op. cit., 1986, pp. 46 à 49; W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.*, 1982-1983, col. 961 à 978 ("de beginselen van behoorlijk handelen", au fondement commun); W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *J.T.*, 1992, pp. 305 à 309; P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken - Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Publiekrecht : de doorwerking ...*, op. cit., 1997, n° 11, pp. 14 et 15 : en l'occurrence, l'auteur reproche à cette conception de ne pas prendre en compte les règles ou principes différents liés à l'autorité (!). Comp. I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilstaan van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, pp. 30 à 32, n° 58 à 61 et le rattachement préconisé des principes généraux de bonne administration à l'article 1382 du Code civil dont ils participent directement (rem. C.E., de Leye, n° 23.572, 13 octobre 1983, *R.A.C.E.*, 1984, p. 1812 et le défaut de prudence et prévoyance requises par un jury d'examen en violation du devoir juridique censé contenu dans les articles 1382 et 1383 du Code civil et constituant donc une inégalité qui affecte la validité de la décision prise en méconnaissance du dossier) (l'objection des articles 144 et 145 de la Constitution ne tient pas la route dans l'optique de la sujétion, seule la sanction de l'illégalité variant selon "l'ordre de juridiction"). Comp. D. LAGASSE, op. cit., 1986, sp. p. 519 : l'auteur constate l'unité fondamentale des disciplines, et surtout du raisonnement juridique, en soulignant la ressemblance entre la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation et la théorie civiliste de l'abus de droit "par-delà les différences de terminologies propres aux juges judiciaire et administratif" (Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1971, I, 28, obs. W.G. : l'abus de droit peut résulter non seulement de l'exercice d'un droit avec la seule intention de nuire, mais aussi de l'exercice de ce droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice de celui-ci par une personne prudente et diligente; soit la même idée de détournement de droit ou de prérogative). Rapp. P. TAPIE et M. LEROY, op. cit., *J.T.*, 1982, p. 226 et la portée fondamentalement identique des contrôles des motifs des actes administratifs et de proportionnalité).

Néanmoins, seule une partie commune des principes généraux est reconnue en doctrine et, même à leur propos, on souligne surtout des points communs, car la généralisation est souvent présentée comme néfaste à la spécificité administrative (l'autorité, l'intérêt général, la nature publique des activités). Voy. L.P. SUETENS, "Algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur : begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in op. cit., 1997, pp. 404 à 407, n° 19 à 22 (comp. cep. n° 25, pp. 409 et 410). La même dualité qu'en matière administrative est donc défendue de la même manière et sur base des mêmes critères en ce qui concerne les principes généraux. Aujourd'hui, il convient de prendre conscience que l'application pure et simple de principes généraux communs est parfaitement envisageable et qu'elle procède du principe constitutionnel plus général de la sujétion administrative au droit commun. C'est déjà parfois le cas, comme en matière d'exécution forcée (voy. *infra*, n° 497, concernant l'interdiction de la justice privée) ou en matière de remplacement judiciaire (voy. *infra*, note 345). Le raisonnement doit mener plus loin.

³¹² Dans son étude très fouillée, J. JAUMOTTE souligne que, de manière générale, les principes généraux peuvent être communs à plusieurs branches du droit ou être propres à certaines branches du droit (pénal, administratif, civil) : "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, op. cit., 1999, n° 12, p. 611. Mais les principes spécifiques sont souvent des applications particulières d'un principe plus général. Tel est par exemple le cas du principe général de la comparaison des titres et mérites des candidats à une nomination ou à une promotion. Il s'agit d'une application du principe d'égalité, comme il est parfois soutenu aussi du principe de proportionnalité. Comp. aussi les différents principes de bonne administration entre eux. Sur l'incidence réelle de principes de bonne administration parfois artificiels par rapport à d'autres principes ou par rapport aux textes, voy. J. CONRATD, "Les principes de

L'interpénétration des principes généraux n'a pas manqué non plus d'être soulignée³¹³, de même que le risque de leur profusion³¹⁴, facilité par l'imprécision du vocabulaire utilisé. L'opinion converge, au demeurant, avec la constitutionnalisation et l'internationalisation des principes généraux à travers les juges de ces différents ordres³¹⁵. Elle acquiert une certaine presse, y compris en droit français³¹⁶. Mais elle est le plus souvent limitée à quelques principes. Elle concerne surtout les principes établis pour renforcer le contrôle marginal de l'opportunité, parmi lesquels les principes de bonne administration occupent une place de choix. Elle ne concerne jamais, en toute hypothèse, les lois du service public³¹⁷.

74. Les lois du service public. Ces dernières sont considérées comme étant propres à l'action administrative, comme le noyau dur du droit administratif³¹⁸. Ce sont principalement

bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'État", *A.P.T.*, 1999, pp. 262 à 286, paru après rédaction. Rem. encore le principe fédérateur de l'État de droit dont tous les autres procéderaient en quelque sorte.

³¹³ O. DAURMONT et D. BATSELÉ, "1985-1989 : cinq années de jurisprudence du Conseil d'État relative aux principes généraux du droit administratif", *A.P.T.*, 1990, n° 2, p. 263. Leur convergence, quant à elle, concerne plus les jurisprudences de la Cour de cassation, de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État (p. 308, n° 111), empreintes de dualité. Comp. W. VAN GERVEN, "Wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau : van doorwerking gesproken !", in *Publiekrecht : de doorwerking ...*, op. cit., 1997, pp. 183 à 202.

³¹⁴ J. JAUMOTTE, in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, op. cit., 1999, pp. 694 et 695, n° 49 et 50.

³¹⁵ Le propos est récurrent. Rapp. P. MARTENS, "La constitutionnalisation du droit juridictionnel", in *Liber amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, op. cit., 1997, pp. 295 à 301 et les principes généraux constitutionnels et internationaux. Le poids des cours constitutionnelles est parfois exagéré par l'auteur, alors qu'elles sont en fin de compte "soumises" à la Cour européenne des droits de l'homme.

³¹⁶ Comp. M. WALINE, op. cit., *R.D.P.*, 1961, p. 15 : même en droit français, il semble que la quête "d'un principe général de droit non spécifique de l'une ni de l'autre des deux branches du droit, n'est pas une recherche vouée d'avance à l'échec". P. 17, l'auteur évoque "une sorte de détournement de pouvoir" commis par le juge administratif français à cet égard. Comp. aussi P. WEIL, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op. cit., 1977, p. 391, en matière de responsabilité; C. DEBBASCH, in *Mélanges René Chapus*, op. cit., 1992, pp. 128 à 131 et la réintégration de l'administration dans un ordre juridique unitaire sous l'effet des droits constitutionnel et international.

³¹⁷ À l'exception, bien sûr, du principe d'égalité. Comp. différentes typologies dressées par W.J. GANSCHOF van der MEERSCH, "Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, sp. p. 581; C. HUBERLANT, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, op. cit., T. II, 1963, pp. 677 et s.; F. DEBAEDTS, "De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht", *T.B.P.*, 1988, p. 644; M.-A. FLAMME, op. cit., 1989, n° 27, pp. 77 à 82; J. JAUMOTTE, in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, op. cit., 1999, pp. 625 et s., n° 21 et s.

³¹⁸ Le lien entre les règles spéciales et le service public est évident. Voy. ci-dessus et rem. C. GOOSSENS, op. cit., *Ann. fac. dr. Liège*, 1960, pp. 270 à 275 ("par la force des choses"); P. WIGNY, op. cit., 4^e éd., 1962, not. n° 10 et 11, pp. 13 à 15; A. BUTTGEBACH, op. cit., 3^e éd., 1966, pp. 75 et s., n° 78 et s.; J. DEMBOUR, op. cit., 3^e éd., 1978, pp. 101 et s., n° 50 et s., sp. n° 50, p. 103 (surtout); M.-A. FLAMME, op. cit., 1989, n° 17, p. 48; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, op. cit., (11^e éd.), 1989, p. 67, n° 62 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, op. cit., 14^e éd., 1996, n° 67, p. 77; D. DÉOM, op. cit., 1990, n° 85, p. 135 et pp. 417 à 427, n° 273 à 283; J. SALMON, op. cit., 1994, p. 364 et le lien avec les règles particulières. Rem. aussi la recension critique et anonyme du précis d'A. BUTTGEBACH, op. cit., *R.C.*, 1953, pp. 53 à 56, adr : avec la théorie du service public, l'auteur "transforme notre vieux parc anglais en un jardin français. (...) La fantaisie fait place à la géométrie. Sachez donc que les services publics obéissent à quatre lois. (...) Ne demandez pas quelle est la date de ces quatre lois ni où elles ont été publiées. Ce sont des lois non écrites. (...) proclamées par l'université, admises par les parlementaires (dans leurs travaux) (...) mais violées par la Cour de cassation (preuve qu'elle est composée trop exclusivement de magistrats à formation civiliste). (...) Nous inclinons cependant à présager que la Belgique, avec son *middeelmatisme* traditionnel assimilera la

elles qui façonnent la spécificité des règles administratives³¹⁹. Que l'on songe, par exemple, à la place de la continuité dans l'immunité d'exécution des biens de l'État en jurisprudence, jusqu'au vote de l'article 1412bis du Code judiciaire. Les lois du service public sont généralement invoquées pour dispenser une autorité publique des exigences du droit commun. Elles le sont moins pour les lui adapter³²⁰.

Pourtant, les enjeux auxquels réfèrent la continuité du service public et les nécessités de l'intérêt général sont susceptibles de peser très lourd en droit commun, notamment à travers le principe de proportionnalité^{321 322}. Ce serait le cas, en réalité, chaque fois que le juge dispose d'une marge de manœuvre pour apprécier l'équilibre d'une situation. Lorsque l'exercice d'un droit porte atteinte à la continuité du service public, il s'apparente volontiers à un abus de droit.

Cela peut sembler contraire à la réalité tangible, mais raisonner différemment, selon une optique plus administrativiste, est critiquable en droit belge car contraire au principe fondamental de la sujétion au droit commun.

théorie des services publics en éliminant ses outrances et en évitant la dualité des juridictions que souhaitent certains adeptes des doctrines françaises." La quatrième loi moins classique est celle du désintéressement. Comp. L.P. SUTENS, in op. cit., 1997, n° 28, p. 365 et les principes dégagés de l'essence d'une institution ou de la nature des choses, parmi lesquels figurent deux des trois lois traditionnelles du service public.

³¹⁹ Rem. D. DÉOM, op. cit., 1990, n° 280, p. 424 : c'est le plus souvent "pour justifier une dérogation au droit commun, que le principe de continuité sera invoqué" (une fonction négative). En ce qui concerne les privilèges, en particulier, il semble suffire aux auteurs de les rattacher à la continuité pour leur donner une légitimité normative. De la sorte, ils n'en ont pas moins acquis une autorité scientifique importante.

³²⁰ Le rôle d'adaptation et de dérogation est pourtant souligné en doctrine, laissant peut-être place à la dispense partielle. Rem. C. HUBERLANT, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, op. cit., T. II, 1963, p. 667 : les dérogations résultent soit de textes exprès, "soit même simplement des principes généraux du droit public ou du droit administratif"; ainsi que note préliminaire à J.-P. BUFFELAN, op. cit., *R.J.D.A.*, 1967, p. 239 (en matière de responsabilité) : "les principes généraux du droit public ont nécessairement une influence sur la manière de les appliquer". Il reste néanmoins qu'en pratique, les juges opèrent le plus souvent sur le champ d'application des normes, non sur leur contenu.

³²¹ Comp. M. LEROY, in *La République des juges*, op. cit., 1997, p. 26 : "Il faut absolument extirper de l'esprit des juristes l'idée qu'une violation du droit condamne irrévocablement l'acte et accessoirement son auteur. Une décision illégale n'est pas nécessairement une mauvaise décision et l'intérêt général commande parfois de préférer une bonne décision illégale à une décision juridiquement irréprochable, mais tardive". En faveur de la "balance des intérêts" qu'il recommande d'inscrire dans un article 159bis de la Constitution, l'auteur avance les critères de l'évidence, des gravités respectives en présence ou l'absence de décision, et de l'urgence selon les circonstances. "Les cours et tribunaux n'appliqueront les lois et règlements qu'autant qu'ils n'auront ni des conséquences déraisonnables, ni des effets contraires à la volonté d'une forte majorité des intéressés". Une manière de permettre au principe de proportionnalité et du raisonnable de protéger contre l'aberration administrative, dans l'intérêt de l'administré. Rem. la proposition avancée avec dérision par F. OST - pour qui M. LEROY va trop loin vers un désordre généralisé - d'un article 159ter de la Constitution : "Les huissiers et les forces de l'ordre n'exécuteront les décisions des cours et tribunaux (...)" (op. cit., *Journ. procès*, 3 octobre 1997, p. 11).

³²² Rem. P. LEWALLE, "Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge", *A.P.T.*, 1995, pp. 53 et 54. L'auteur invite au rapprochement de la continuité en matière d'immunité d'exécution et du principe de proportionnalité. Mais alors sans oublier qu'il n'existe aucun principe général de droit consacrant (*a priori*) la prééminence de l'intérêt public sur l'intérêt particulier : Cass., 28 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, 827 et concl. conf. proc. gén. E. LIEKENDAELE, alors av. gén.; *R.C.J.B.*, 1992, p. 179 et note J. HANSENNE; *J.L.M.B.*, 1991, p. 1029 et obs. P. HENRY.

Tel est en particulier le cas lorsque la continuité du service public (plus naïvement l'intérêt général) est invoquée en tant que principe général à part entière en jurisprudence³²³. Un tel procédé n'est pas légitime au regard du système constitutionnel mis en place en 1831. Il ne repose en effet sur aucune règle constitutionnelle suffisamment explicite.

L'origine du principe est par contre évidente. Il vient directement de France. Les lois du service public découlent en effet de la notion de service public³²⁴, ce "principe explicatif" dégagé par la doctrine et la jurisprudence françaises pour fonder à la fois la compétence de la juridiction administrative et le "régime juridique spécial" qui en résulte pour les actes administratifs.

Or, malgré tout ce que l'on peut lire en doctrine, la transposition du principe en droit belge ne va pas vraiment de soi. Le principe peut d'ailleurs être comparé à celui de la séparation des pouvoirs. Il a été expressément combattu par la Cour de cassation pour établir la compétence judiciaire en matière administrative et la sujétion de principe au droit commun. Il doit donc l'être chaque fois qu'il est invoqué d'autorité pour s'y opposer à nouveau³²⁵. Il rappelle à H. BERTHÉLEMY la formule qui terminait les décisions royales : "... car tel est notre bon plaisir"³²⁶. Et, effectivement, le principe fait souvent la part belle à des considérations politiques de "pure opportunité".

Le plus étonnant, en fin de compte, est que, contrairement à une idée répandue - la furieuse impression que cela a toujours été ainsi - et à l'instar des privilèges en droit belge, les lois du service public sont relativement récentes en jurisprudence. Elles datent de l'après-guerre³²⁷. Elles ont en quelque sorte succédé à la séparation des pouvoirs, là où celle-ci n'était plus "suffisante".

³²³ C'est-à-dire à défaut d'une loi, ainsi que sans référence à un autre principe plus fondamental et commun aux deux disciplines.

³²⁴ Voy. R. LATOURNERIE, "Sur un Lazzarisme juridique : bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? convalescence ? ou jouvence ?", *E.D.C.E.*, 1960, pp. 61 à 159; A. de LAUBADÈRE, "Revalorisations récentes de la notion de service public en droit français", in *Pages de doctrine*, op. cit., T. II, 1980, pp. 219 à 237.

³²⁵ Même si, après l'arrêt "La Flandria", le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas totalement disparu et que, même en matière de responsabilité, il continue à être invoqué pour limiter la compétence des cours et tribunaux lorsqu'ils sont appelés à apprécier si une autorité administrative a commis une faute. Rem. sur ce point C. HUBERLANT, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, op. cit., T. II, 1963, p. 669. On sait toutefois, à ce stade, ce qu'il est advenu de la sujétion de principe au droit commun en doctrine, et donc aussi en jurisprudence.

³²⁶ H. BERTHÉLEMY, "Défense de quelques vieux principes", *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 819. L'auteur termine de la sorte un paragraphe dont on ne résiste pas à citer des phrases qui précèdent : "Quand nous invoquerons le Code civil, quand nous nous en référerons au droit commun pour obtenir justice contre un service qui l'a méconnu, ne risquerons-nous pas de nous voir évincés par les partisans de la théorie nouvelle ? Ne va-t-on pas invoquer "l'autonomie du droit administratif" ? Ne va-t-on pas nous dire que lorsque c'est l'administration qui les prend, les engagements ne sont pas obligatoires, - ou tout au moins ne le sont pas de la même manière ? ... Service public ! ... Cela rappelle (...)"

³²⁷ Rem. A. BUTTGEBACH, op. cit., 3^e éd., 1966, n° 56, p. 60, dénonçant à l'époque l'état incompréhensible voire injustifiable de la doctrine pour des notions aussi centrales du droit administratif que la théorie du service public. La première version de son ouvrage sur *Les modes de gestion des services publics*, op. cit., 1942, en est un vibrant plaidoyer (plus qu'imprégné de droit français). Add. E. VAN HOOYDONK, "Het artikel 130 van de Grondwet als algemene grondslag van het bestedendigheidsbeginsel in het administratief recht", *T.B.P.*, 1992, p. 76, n° 3.

75. Des principes relativement récents. Le phénomène s'étend en réalité à l'ensemble des principes généraux en droit belge. M. SOMERHAUSEN écrit ainsi, en 1969, que

"nous assistons en ce moment à une surprenante osmose entre les conceptions juridiques françaises et belges; je fais allusion à la reconnaissance par les juges de "principes généraux de droit" qui s'imposent aux juges en l'absence de toute norme de droit écrit. (...) les juristes belges viennent de découvrir une nouvelle "source du droit" !"³²⁸

À vrai dire, en France aussi, malgré la tradition prétorienne du droit administratif, la catégorie spécifique des principes généraux est nouvelle et date du régime de Vichy. Le phénomène jurisprudentiel permettait aux conseillers d'État de minimiser la cruauté des mesures prises par les autorités de Vichy, autrement dit d'en tempérer les excès, en contournant la loi écrite ... Il ne disparut pas avec la guerre.

Fondamentalement, toutefois, l'innovation a plus porté sur le vocabulaire que sur le fond des choses, selon une formule devenue célèbre de G. VEDEL. En effet, le caractère relativement récent des principes ne signifie pas que le juge judiciaire, auparavant, n'ait jamais fait allusion à la nature des choses. En témoignent notamment le principe de la séparation des pouvoirs ou encore celui de la dualité des personnes publiques. C'est donc plus la fréquence qui change, au fur et à mesure que le contrôle de l'action administrative et de l'opportunité s'approfondit. Si bien qu'aujourd'hui, le principe général est devenu incontournable.

En droit belge, il semble que ce soit surtout la doctrine qui, dans un premier temps, ait voulu voir à tout prix l'usage de principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence naissante du Conseil d'État alors que, le plus souvent, les principes étaient simplement transposés de la loi communale³²⁹. Ils auraient pu, autrement dit, être appliqués comme tels.

Aujourd'hui, cependant, même la Cour de cassation a emboîté le pas, presque naturellement, dans une série de domaines³³⁰. Certes, à la différence des juges français, les juges belges se refusent, en matière administrative, à contourner les exigences de la loi écrite par le biais des principes. L'habitude de principes généraux spécifiques a néanmoins été prise, à l'instar de ce que l'on connaît en droit administratif français. L'essentielle différence par rapport au droit

³²⁸ M. SOMERHAUSEN, in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, op. cit., T. IV (§ 113), 1969, n° 3, p. 463. Les précédentes allusions aux principes généraux procédaient, quant à elles, de textes écrits. Exemples à l'appui, l'auteur montre bien le glissement de la jurisprudence à cet égard. En ce qui concerne la continuité du service public, add. W.J. GANSHOF van der MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit* (mercuriale), Bruxelles, Bruylant, 1970, sp. p. 69 : le premier principe auquel la Cour de cassation ait reconnu expressément le caractère de source de droit dont il lui appartenait de contrôler l'application (1950).

³²⁹ Tel est le constat de M. SOMERHAUSEN au terme d'une analyse de la prime jurisprudence du Conseil d'État belge dans six domaines réputés affranchis de la loi, in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, op. cit., T. IV (§ 113), 1969, pp. 479 à 486, n° 10 à 16. Il faut souligner que le Conseil d'État a quelque peu encouragé cette idée en recourant volontiers à des principes généraux tirés de la loi commune, sans toujours y faire référence. Et comme l'indique l'auteur, à cet égard, "il n'y a que le premier pas qui coûte" (n° 18, p. 487). Le procédé vient de France où les dispositions du Code civil ne sont "applicables" en droit administratif que sous la forme de principes généraux ...

³³⁰ De manière générale, le principe général de droit non écrit suppose évidemment qu'il puisse être invoqué même seul à l'appui d'un pourvoi en cassation. Voy. W.J. GANSHOF van der MEERSCH, op. cit., 1970.

français impose un changement à cet égard. Y compris dans la jurisprudence constitutionnelle, puisque la différence est d'ordre constitutionnel.

76. Une dualité constitutionnelle en France. En droit français, en effet, la dualité de juridiction³³¹ et la continuité du service public³³² ont reçu du Conseil constitutionnel - ils ne l'avaient pas par nature - le rang respectif de principe fondamental reconnu par les lois de la République et de principe (général) de valeur constitutionnelle³³³.

La distinction entre ces deux principes n'est pas toujours évidente. Elle tient essentiellement à la nature jurisprudentielle du second³³⁴, encore qu'il soit souvent rattaché à un texte particulier. Selon une conception majoritaire, ils forment ensemble un "bloc de constitutionnalité" avec les

³³¹ C.C., 80-119, 22 juillet 1980, *A.J.D.A.*, 1980, II, p. 480 et note G. GARCASSONNE p. 602 et l'indépendance des juridictions, la juridiction judiciaire au terme de l'article 64 de la Constitution et la juridiction administrative depuis la loi du 24 mai 1872 en vertu des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ni le législateur ni le gouvernement ne peuvent empiéter en censurant les décisions des juridictions, en leur adressant des injonctions ou en se substituant à elles dans le jugement des litiges relevant de leurs compétences; C.C., 86-224, 23 janvier 1987, *D.*, 1988, p. 117, idr, concernant le transfert du contrôle des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire : les dispositions "qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle; (que,) néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle; (...) cependant (que), dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé" (conformité). Autrement dit, seule une loi peut modifier le partage des compétences de façon marginale et uniquement pour plus d'unité et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. L'existence, l'indépendance et la compétence exclusive de la juridiction administrative pour annuler les actes de puissance publique reçoivent de la sorte une protection constitutionnelle.

³³² C.C., 79-105, 25 juillet 1979, *D.*, 1980, p. 101, note M. PAILLET soulignant la "constitutionnalisation du principe de continuité du service public" (en ce qui concerne la grève dans les sociétés de télévision) : la reconnaissance du droit de grève par le Préambule de la Constitution "ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle; (que) ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays", mais pas pour assurer un service normal (non conformité).

³³³ Cela dans la droite ligne de la théorie déjà évoquée des bases constitutionnelles du droit administratif de G. VEDEL (*supra*, n° 27, note 84), dans le souci évident de justifier *a posteriori* l'état profondément jurisprudentiel du droit administratif français et son caractère distinct du droit privé (son autonomie). Rem. G. VEDEL, *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1954, n° 35, p. 39 : "Où, sinon dans le droit constitutionnel, trouver la source de telles règles ?" Le dernier titre de l'article consiste à vérifier si ces idées permettent une présentation cohérente et fidèle des données de droit positif (la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits) (p. 48, n° 55). La continuité serait considérée comme une des formes de l'exécution des lois apte à justifier la dérogation à la loi elle-même (!).

³³⁴ À noter que d'autres principes généraux dégagés par le juge constitutionnel ont une valeur simplement législative, à laquelle le législateur peut donc déroger.

articles de la Constitution de 1958, ceux de la déclaration des droits de l'homme de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946³³⁵.

Par l'exigence constitutionnelle de la dualité de juridiction et de la continuité du service public, le Conseil constitutionnel a véritablement consacré une série de règles fondamentales issues de la jurisprudence administrative. À travers elles, il a consacré la spécificité du droit administratif³³⁶ et, en son sein, celle des principes généraux.

Rien de tel en droit belge, en revanche, où le principe d'égalité a plutôt tendance à rapprocher les disciplines.

En droit français, en effet, l'alchimie ambiguë des principes généraux procède historiquement du souci d'encadrer l'action administrative par du droit à créer, puisque "par nature" le droit commun n'est pas applicable à l'administration.

Tel n'est pas le cas en droit belge où, en principe, le droit commun devrait toujours proposer un texte applicable, et donc aussi un principe général de droit, le cas échéant³³⁷. Le rôle limité des principes généraux en droit administratif belge, comparé au droit français, est d'ailleurs généralement expliqué (notamment) par l'application de principe du droit commun (même adapté) à l'administration³³⁸.

³³⁵ Ainsi que les lois organiques, une fois contrôlées par le juge constitutionnel (à la différence des autres lois, elles le sont obligatoirement).

³³⁶ B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 10. Add. C. DEBBASCH, in *Mélanges René Chapus*, *op. cit.*, 1992, pp. 131 à 133 et la "spécificité maintenue" du droit administratif dans la jurisprudence constitutionnelle (l'auteur plaçant néanmoins pour le retrait des contentieux des contrats et de la responsabilité de la compétence du juge administratif); G. VEDEL, "Introduction", in ... *L'unité du droit*, *op. cit.*, 1996, pp. 7 et 8 et "l'administrativisation du droit constitutionnel", le Conseil constitutionnel ne formulait aucune critique sur l'existence d'une source autonome du droit administratif et certains principes généraux du droit administratif ayant d'ailleurs rang constitutionnel. La recherche d'un fondement constitutionnel à la différence n'est toutefois pas toujours évidente. Voy. par exemple M.-A. LATOURNERIE, "Responsabilité publique et Constitution", in *Mélanges René Chapus*, *op. cit.*, 1992, pp. 353 à 365, renseignant par contre la sauvegarde de l'ordre public au rang d'objectif de valeur constitutionnelle (p. 365).

³³⁷ Ce n'est pas la réalité du droit aujourd'hui, il convient de le rappeler. Comp. ainsi avec l'obligation faite au Conseil d'État de combler les lacunes de la loi écrite (sauf en matières pénale et fiscale) selon l'intention de l'auteur ou en recourant aux principes généraux. Voy. par exemple C.E., Chamart, n° 14.445, 14 janvier 1971, *R.A.C.E.*, 1971, p. 47 : le juge administratif a le devoir de résoudre la question de la légalité du retrait d'un acte irrégulier sans qu'il lui soit permis de refuser de le faire sous prétexte de silence ou d'obscurité de la loi, et notamment en invoquant que la question et les problèmes qui s'y rattachent ne sont pas réglés en droit belge; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 377; M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 313 : sous peine de commettre un déni de justice. Comp. M. l'auditeur J. DE BRABANDERE, extraits de son rapport non conf. préc. C.E., a.s.b.l. Fédération royale des Notaires de Belgique et crts, n° 24.601, 10 juillet 1984, *Rev. not. belge*, 1985, n° 17.2, p. 395, note 78 : "En fait, les principes généraux de droit sont des constructions *a posteriori* de la jurisprudence et de la doctrine qui ont pour but, principalement pour des raisons d'équité, de donner une solution à des problèmes qui ne sont pas résolus par la loi". Rem. cependant M. SOMERHAUSEN, in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, *op. cit.*, T. IV (§ 113), 1969, n° 16, pp. 484 à 486 : en réalité, le Conseil d'État n'aurait pas vraiment innové concernant le retrait d'actes et les droits acquis, dont on trouve des traces dans la jurisprudence de la Cour de cassation du dix-neuvième siècle; seule l'articulation du retrait avec le recours en annulation est nouvelle et procède d'une interprétation de la loi.

³³⁸ Voy. ci-dessous, n° 78, note 348.

Néanmoins, le virus de principes généraux spécifiques au droit administratif a littéralement contaminé le droit belge. De manière telle qu'aujourd'hui, seul un véritable changement des mentalités est de nature à modifier ce qui est devenu un véritable mode de réflexion partagé. Un tel changement, par nature progressif, peut devoir s'étaler sur plusieurs générations. Les Hautes juridictions y ont un rôle essentiel à jouer. Parmi elles figure la Cour d'arbitrage, en particulier. Surtout lorsqu'elle sera investie de compétences plus étendues.

77. Contre un principe de continuité de valeur constitutionnelle en Belgique. Certains principes généraux reçoivent en effet une consécration constitutionnelle à travers la jurisprudence de la Cour d'arbitrage³³⁹. Ces principes ne sont pas toujours expressément qualifiés comme tels. Et ils procèdent souvent aussi du droit international. À l'heure actuelle, on ne dénombre pas la continuité du service public parmi ces principes. Mais, à l'avenir, la Cour d'arbitrage pourrait faire le pas. Elle pourrait être tentée de s'inspirer de son homologue français.

Pourtant, la prise en compte de la spécificité administrative en droit belge ne passe pas nécessairement par la proclamation d'un principe général de valeur constitutionnelle à l'endroit de la continuité du service public³⁴⁰.

Aujourd'hui, en effet, celle-ci joue déjà un rôle devant la justice constitutionnelle, à travers les principes d'égalité et de non-discrimination. Concrètement, la continuité du service public est régulièrement considérée par la Cour comme un but légitime à atteindre, permettant de justifier des différences de traitement. À cet titre, elle intervient à ce titre dans le contrôle de proportionnalité, exactement comme on l'a recommandé ci-dessus³⁴¹. En bref, elle est prise en compte. Et la spécificité administrative aussi : elle fait l'objet d'un contrôle de légitimité. Tout ceci sans qu'il soit nécessaire de faire de la continuité un "principe général fondamental"³⁴².

³³⁹ P. POPELIER, "Beginnelen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *T.P.R.*, 1995, pp. 1049 à 1114; F. LEURQUIN-DE VISSCHER, "Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", *Ann. dr.*, 1996, pp. 275 à 288 : désormais "un chœur à trois voix"; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 44, p. 45; L.P. SUETENS, *in op. cit.*, 1997, n° 28 et 29, pp. 412 à 414, notamment concernant la valeur constitutionnelle du principe de l'État de droit, ainsi que des principes de sécurité juridique et de proportionnalité inférés du premier; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, "Enkele knelpunten in de hiërarchie van de rechtsnormen", *in Publiekrecht : de doorwerking ...*, *op. cit.*, 1997, pp. 70 à 74, n° 92 à 96 (pour des principes de valeur constitutionnelle); P. VAN ORSHOVEN, *in Publiekrecht : de doorwerking ...*, *op. cit.*, 1997, pp. 1 à 36; J. JAUMOTTE, *in Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, n° 1, pp. 595 et 596 et note 8.

³⁴⁰ Y sont favorables : S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1999, p. 639, n° 25, au nom du principe de l'État de droit (rem. toutefois H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 834, note 240 : les libertés individuelles ou le droit de propriété sont au moins aussi, voire plus importants, que la continuité du service public). Comp. J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 347, pour qui le principe aurait d'ores et déjà la valeur d'un texte constitutionnel.

³⁴¹ Voy. le n° 74.

³⁴² Concrètement, il ne constitue pas un principe général fondamental mentionné dans l'index du *Recueil de jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, réalisé par J. SAROT, P. VANDERNOOT, E. PEREMANS et B. PATY, Bruxelles, Bruylant, 1998. Voy. C.A. (Q.P.), n° 49/98, 20 mai 1998, B.4. : "La rétroactivité peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général, comme le bon fonctionnement ou la continuité du service public". Dans le même sens : C.A. (Q.P.), n° 97/99, 15 septembre 1999, B.23.; C.A. (Q.P.), n° 3/98, 14 janvier 1998, B.7.; C.A. (Q.P.), n° 64/97, 6 novembre 1997, B.4.; C.A.,

Pour bien faire, il faut aller plus loin et déconseiller à la Cour d'arbitrage de consacrer un principe de continuité autonome. Une telle reconnaissance risquerait en effet d'encourager le déterminisme ambiant en matière administrative. Interprétée dans ce sens, elle irait d'ailleurs à l'encontre des fondements constitutionnels du système et de la sujétion de principe au droit commun. Il n'est donc pas souhaitable, autrement dit, que le principe de continuité joue le rôle de norme de référence dans le contrôle d'égalité opéré par la Cour d'arbitrage.

Cela dit, il semble que la continuité ne soit plus aussi déterministe en droit administratif que par le passé. Il s'agit dorénavant d'une notion contrôlable, progressivement amenée en jurisprudence³⁴³. Or, par définition, un tel contrôle donne lieu à une appréciation liée à la proportionnalité.

En droit français, néanmoins, la définition de la continuité en tant que principe de valeur constitutionnelle est revenue à consacrer la dualité du droit, c'est-à-dire l'existence d'un "droit naturel administratif"³⁴⁴ spécifique. Tel ne saurait pas être le cas en droit belge, où l'autonomie n'est pas le principe^{345 346}.

78. L'unité des principes en Belgique. L'idée de principes généraux communs aux droits privé et administratif était, d'une certaine manière, déjà présente en filigrane dans la doctrine dès le lendemain de la Seconde Guerre mondiale. La réelle autonomie du droit administratif belge était déjà contestée. Le "compromis à la belge" voulait déjà que la spécificité du droit administratif soit moins franche qu'en droit français. En vertu de ce compromis, les

n° 45/95, 6 juin 1995, B.4.4.; C.A., n° 31/95, 4 avril 1995, B.3.4.; C.A. (Q.P.), n° 30/95, 4 avril 1995, B.10.

³⁴³ Rem. l'approche intéressante de R. ERGEC et H. DELWAIDE, "Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite ?", *J.T.*, 1995, pp. 713 à 717.

³⁴⁴ L'expression est inspirée de M. HAURIOU, note sous C.E. fr., 27 février 1903, S., 1905, 3, 17, ici 20 à propos de l'abus de droit ou "le bon commerce juridique qui doit s'établir entre l'administration et les administrés à l'occasion de l'exécution des services publics".

³⁴⁵ Comp. au demeurant S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1999, pp. 616 à 642, soutenant (non sans appui dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation) l'application, en droit administratif, du principe général du remplacement judiciaire (modalité du principe de l'exécution en nature de l'obligation) malgré une réticence administrative au départ et sous la réserve de l'hypothèse dans laquelle la continuité du service public serait mise en danger. On assiste ainsi à la combinaison de deux principes généraux. Se pose alors la question individuelle de la valeur législative ou constitutionnelle du principe général, la valeur constitutionnelle de la continuité lui permettant en quelque sorte de s'imposer au remplacement, de valeur simplement législative (vrais. impl. selon les auteurs, p. 639, n° 25). Sans doute, comme le soulignent les auteurs, la question reste fort théorique de nos jours et la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à certains principes généraux ne permettra un contrôle plus étendu des activités du législateur que lorsque la Cour d'arbitrage deviendra une cour constitutionnelle à part entière (et non à compétences limitées). On est toutefois en droit de se demander si le juge est à même aujourd'hui - dans l'état des compétences de la Cour - de priver d'effet le droit commun de valeur législative au nom de principes constitutionnels non écrits. La rigueur commande une solution contraire, même si la réalité du droit est parfois différente. Les principes généraux doivent être identiques en droits privé et administratif, la nuance ne pouvant apparaître qu'*in concreto*.

³⁴⁶ Ce n'est pas l'article 1412bis du Code judiciaire qui va changer quelque chose sur ce point. Il ne s'agit d'ailleurs pas vraiment d'une consécration législative du principe de la continuité du service public (le cas échéant uniquement en ce qui concerne la saisissabilité des biens de l'État). Il s'agissait même plutôt d'éviter que la jurisprudence ne fasse droit à une trop grande saisissabilité des biens de l'État. Concrètement : la possibilité d'établir une liste de biens saisissables, de faire offre au créancier de poursuivre l'exécution sur d'autres biens, l'effet suspensif de l'opposition, l'interdiction de l'exécution provisoire.

principes généraux pouvaient constituer une source du droit administratif à part entière³⁴⁷, mais ils ne pouvaient pas avoir l'importance ni la portée qu'ils revêtent en droit français³⁴⁸.

347 Tel est incontestablement le cas. Ils sont le plus souvent mentionnés comme tels et leur place en littérature n'a fait qu'augmenter. À tel point qu'il a fallu se limiter aux écrits de base directement liés au droit administratif et non consacrés à l'un ou l'autre principe général en particulier : *Les Nouvelles*, Droit administratif, T. VI, "Le Conseil d'État", Bruxelles, Bruylant, 1975, nos 1381 et s.; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 22, pp. 52 à 58; M. LEROY, *op. cit.*, 1987, pp. 164 à 166, n° 122 et 123; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, pp. 73 à 80; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 24 à 27, pp. 70 à 84; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 41 et 42, pp. 39 à 43 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 42 à 47, pp. 42 à 52; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, pp. 345 à 367; M. LEROY, *op. cit.*, 1996, pp. 321 à 323; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 28, pp. 31 et 32; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, pp. 80 à 83, n° 210 à 216; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, pp. 601 à 610, n° 376 à 379. Add. C. CAMBIER, "Le Conseil d'État et la règle du droit", *J.T.*, 1952, pp. 113 à 118 et 130 à 133; H. BUCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1957, pp. 4 et 5 (rem. p. 5, note 46 : "les règles du droit privé (...) ne sont pas sans effet sur le droit administratif" ...); C. CAMBIER, *La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1956, col. 20 à 22 et 39 à 64; A. VRANCKX, *op. cit.*, T.B.P., 1957, pp. 271 à 275; P. MAROY, *Application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Institut belge des sciences administratives, 1961; W.J. GANSHOF van der MEERSCH, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, pp. 569 à 578; C. HUBERLANT, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, pp. 677 et s.; C. HUBERLANT, "Antinomies et recours aux principes généraux", in C. PERELMAN (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 204 à 236; H. BUCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1970, pp. 742 et 743; W.J. GANSHOF van der MEERSCH, *op. cit.*, 1970, pp. 58 à 76; H. BUCH, in *Miscellanea W.J.G. van der Meersch*, T. III, *op. cit.*, 1973, pp. 417 à 420; M. BOES, "Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing", in *Liber amicorum J. Ronse*, *op. cit.*, 1986, pp. 1 à 10; R. SOETAERT, "Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie", in *Liber amicorum J. Ronse*, *op. cit.*, 1986, pp. 51 à 66; F. DEBAEDTS, *op. cit.*, T.B.P., 1988, pp. 641 à 652 (sp. en droit administratif); J. GUSSELS, "Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht", *R.W.*, 1988-1989, pp. 1105 à 1116; P. VAN ORSHOVEN, "Non scripta, sed nata lex. Over het begrip en de plaats in de normenhierarchie van de algemene rechtsbeginselen", *R.W.*, 1989-1990, pp. 1375 à 1383; R. ANDERSEN, "Crise du juge et contentieux administratif en droit belge", in J. LENOBLE (éd.), *La crise du juge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 112 à 135; O. DAURMONT et D. BATSELÉ, *op. cit.*, A.P.T., 1990, p. 262, n° 2 (la doctrine s'en accorde); R. ANDERSEN, "Les principes généraux de la procédure d'élaboration de la décision administrative en droit administratif belge", *R.E.D.P.*, 1993, pp. 137 à 153; J. JAUMOTTE, in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, pp. 593 à 596 et n° 8 et 9, pp. 603 à 607 (une évidence doctrinale et jurisprudentielle de manière générale, et une source autonome du droit administratif) et n° 12, pp. 611 et 612, note 80 (un rôle plus étendu en droit administratif); J. CONRADT, *op. cit.*, A.P.T., 2000, pp. 262 à 286.

348 Comme indiqué plus haut, note 338, l'application de principe du droit commun est fréquemment mentionnée pour expliquer le rôle moins important soutenu des principes généraux en droit administratif belge. Rem. C. HUBERLANT, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, p. 662 (et p. 677), une place non aussi considérable qu'en France - mais loin d'être négligeable (p. 689) - et ce pour trois motifs (pp. 662 et s.) : une constitution plus complète, une conception moins autonomiste ou plus légaliste du droit administratif, et l'avènement tardif et spécifique du Conseil d'État belge à un moment où le droit écrit était déjà dense; avec cette question pertinente en conclusion : quelle est la justification de ce rôle dans le chef du juge en droit belge ? Rem. aussi C. HUBERLANT, in C. PERELMAN (éd.), *op. cit.*, 1965, pp. 213 à 217. Add. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 505, p. 408 (des applications moins fréquentes compte tenu des textes constitutionnels); M. SOMERHAUSEN, in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, *op. cit.*, T. IV (§ 113), 1969, impl.; H. BUCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1970, p. 742 : "Le droit belge est essentiellement positiviste"; W.J. GANSHOF van der MEERSCH, *op. cit.*, 1970, pp. 58 à 65 (et plus en droit administratif qu'en droit civil, en l'absence d'un code); F. DUMON, "La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions" (mercuriale), *J.T.*, 1975, p. 544; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 140 et 141, insistant sur ce que l'organisation institutionnelle belge ne permet pas de reconnaître au droit administratif une autonomie aussi accusée qu'en France : en règle, le Code civil est censé régir les activités administratives qui, par leur nature, sont susceptibles de tomber sous l'emprise du droit privé (rem. cep. l' "expression particulière au droit administratif d'un précepte reçu par la théorie générale du droit", p. 146). M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 25 et 26, pp. 71 à 73; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 346, affirmant l'application de principe du droit commun à l'administration après avoir constaté la place

Les propos de M. SOMERHAUSEN sont révélateurs à cet égard (1966) :

"Lors de la création du Conseil d'État, écrit-il, certains auteurs se sont engoués pour ce système (le Conseil d'État invoque des principes généraux qu'il formule lui-même en l'absence de textes légaux autres que de droit civil), souhaitant que la juridiction administrative belge fasse appel le plus souvent possible aux principes généraux. Le régime constitutionnel de la Belgique ne permet pas au juge d'usurper le pouvoir législatif. Le droit administratif belge, à la différence du droit administratif français, n'est pas un droit prétorien"³⁴⁹.

Sous une apparence hostile au principe général en lui-même, le fond du message reste en réalité d'actualité. Car ce n'est pas tant le rôle du principe général comme tel que l'auteur dénonce, pour peu qu'il se développe dans toutes les disciplines et devant tous les juges, mais plutôt son recours inconsideré en matière administrative pour imposer une spécificité à tout prix. Foncièrement, autrement dit, le principe général ne dispense pas l'administration du droit commun dès lors qu'il en fait partie.

En somme, l'adaptation du droit commun est acceptable, pour peu qu'elle procède de catégories juridiques communes. Il s'agit donc plus exactement d'une adaptation *par le droit commun*. Ces catégories permettent la prise en compte des spécificités de l'action administrative, car elles comportent toujours une marge d'appréciation. En ce qui concerne les principes généraux du droit, la solution pour respecter la sujétion suppose des principes communs aux disciplines juridiques, en l'absence du moins de textes spécifiques.

Pour prendre un exemple significatif, il ne s'agit pas de supprimer la notion de service public en droit administratif belge, hors législation particulière. Il convient au contraire de l'intégrer dans le droit commun à travers les catégories communes.

Dans la plupart des cas, il semble que le changement espéré se résume concrètement à une opération mentale de qualification, débouchant sur les mêmes résultats en matière administrative. Il semblerait en effet que les juges arriveraient souvent aux mêmes solutions pratiques en raisonnant autrement qu'en termes de dualité permanente et en utilisant les catégories du droit commun³⁵⁰. La raison en serait que le juge a pris l'habitude, en pratique, de

limitée des principes généraux en Belgique par rapport à la France, les deux questions étant ainsi intimement liées.

349 M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 5.

350 Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, R.D.P., 1952, n° 61, p. 968. Comp. P. LEWALLE, *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1975, pp. 136 et s. concernant l'article 2 du Code civil et la non-rétroactivité des actes administratifs. Comp. aussi C. CAMBIER, *op. cit.*, *J.T.*, 1952, p. 114, si ce n'est que l'auteur limite son raisonnement à l'émergence souvent textuelle des principes généraux, généralement étendus par analogie au droit administratif même s'ils trouvent leur source dans le droit civil. Ainsi en va-t-il, selon lui, des principes du droit de la défense, de la non-rétroactivité des actes administratifs et des droits acquis qui ont leur racine dans les prescrits des codes de procédure, du titre préliminaire et des dispositions du Code civil malgré l'"idée fixe" des auteurs français de faire du droit administratif une discipline propre de règles et de principes. C. CAMBIER vise en particulier R. ODENT et la "transposition" en droit public de la disposition de l'article 2 du Code civil. Il rappelle qu'il n'est pas question de transposition mais d'application car cet article "relève, aussi bien, d'une loi décrétée le 14 et promulguée le 24 ventôse An XI, loi qui n'est devenue, qu'un an plus tard (30 ventôse An XII), le titre préliminaire du Code civil des Français" (*ibidem*, p. 118). La sujétion pure et simple au droit commun eût suffi.

4. La différence entre les systèmes belge et français

80. Une différence fondamentale. Pour rappel, l'objectif de la comparaison visait à identifier l'éventuelle différence entre les systèmes juridiques belge et français de manière à évaluer s'il était permis ou non aux auteurs belges de transposer les privilèges tels que conçus en droit français.

Or, il s'avère que cette différence est fondamentale³⁶². Elle concerne le régime juridique applicable aux autorités administratives et aux actes de ces autorités. Elle est parfaitement illustrée par le domaine de la responsabilité de l'État pour faute commise dans le cadre de l'action administrative.

Deux arrêts de principe ont en effet été rendus dans la matière, respectivement dans chaque pays. Relatifs à une question identique, ils lui donnent chacun une réponse opposée. En France, la responsabilité administrative est soumise à un juge et à un droit spécifiques et autonomes. En Belgique, par contre, elle est soumise au même juge et au même droit que les particuliers³⁶³.

La différence de régime pouvait difficilement apparaître de manière plus explicite. Par principe, elle s'étend aux autres matières³⁶⁴.

81. La réalité de la différence. Une différence de principe ne débouche toutefois pas toujours sur une différence matérielle.

D'abord, il faut se rendre compte que les fonctions du droit et de l'acte juridique ne sont pas illimitées. Elles permettent l'appréhension des relations humaines à partir de quelques vecteurs fondamentaux³⁶⁵ dont seules l'intensité et les modalités varient, et encore dans des proportions parfois variables mais surtout subtiles. L'évolution d'une jurisprudence en vase clos n'empêche donc pas qu'on y retrouve presque inévitablement les mêmes catégories juridiques fondamentales³⁶⁶.

³⁶² C. CAMBIER, *op. cit.*, T. II, 1964, pp. 13 à 45.

³⁶³ P. LECLERCQ s'attache à le démontrer dans sa note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 328 et 329. La responsabilité de l'État est de la sorte réglée en France non par les articles 1382 et 1383 du Code civil, mais par des règles que le pouvoir exécutif lui-même - auquel la juridiction administrative est rattaché - établit. Telle n'était toutefois pas la situation avant 1873, c'est-à-dire avant que le Tribunal des conflits ne consacre la compétence du Conseil d'État à cet égard. Ce qui confirme évidemment le lien entre juridiction et droit. Auparavant, il semble que la justice française n'hésitait pas à appliquer les articles 1382 et s. du Code civil à l'État et à condamner celui-ci à des dommages-intérêts du chef de ses fautes (D. H., note précitée sous Cass., 16 décembre 1920, *Pas.*, 1921, I, 67).

³⁶⁴ Ce que soutient L. WODON lorsqu'il écrit qu'en droit belge la soumission de l'État au droit civil "fait d'autant moins de doute, que nous n'avons pas à tenir compte des doctrines qui ne se sont formées ailleurs qu'en raison de circonstances politiques spéciales, en raison notamment de l'existence de tribunaux administratifs investis d'attributions générales, et en vue d'expliquer, de déterminer, de délimiter, souvent dans un sens excessif, la compétence de ces juridictions administratives" (*op. cit.*, 1920, p. 217).

³⁶⁵ L'exécution d'un acte figure de toute évidence parmi ces vecteurs.

³⁶⁶ L'application du droit commun de la responsabilité, par exemple, ne conduit pas à proscrire toute référence à l'équité comme pratiquée par le juge administratif. D'abord, l'expérience montre que l'équité participe au

Ensuite, l'histoire révèle précisément que le juge administratif français, en dépit de sa liberté, s'est souvent inspiré du droit privé pour fixer sa jurisprudence. Quant au juge belge, il a mis du temps à prendre conscience de la différence de son droit administratif par rapport au droit français. On peut même écrire que sa prise de conscience n'est pas encore complètement réalisée à ce jour, sauf en matière de responsabilité. Dans les autres matières, il règne une sorte de "régime administratif tempéré". Une "nuance"³⁶⁷ qui peut peut-être expliquer que la différence de système soit souvent ignorée, ou alors appréciée autrement.

Il faut donc se méfier des apparences. Les signes distinctifs peuvent être sévèrement atténués en pratique. Il faut surtout être prudent au moment de se prononcer sur la réalité de la différence dans une matière déterminée. Car le contenu de la jurisprudence ne varie pas toujours d'un système à l'autre, ni dans les proportions que l'on est pourtant en droit d'attendre.

En même temps, il faut oser la différence. Il faut donc garder un esprit critique, surtout en ce qui concerne la réalité du droit belge. Il faut s'attendre à devoir rappeler la sujétion de principe des autorités administratives au droit commun. Il faut tenir compte, autrement dit, du caractère profondément évolutif du système belge, dont témoigne notamment l'arrêt "La Flandria".

5. Des évolutions

82. Des évolutions différentes. Le droit belge n'est pas le seul à avoir profondément évolué à travers l'histoire. Les deux ordres juridiques ont évolué à des rythmes très différents. Il faut en être conscient pour éviter les caricatures.

Un exemple relatif aux Conseils d'État a déjà été mentionné et permet d'illustrer le propos³⁶⁸. Le Conseil d'État dont le Constituant belge n'a pas voulu en 1831 n'est en effet pas celui que l'on connaît aujourd'hui, ni même celui de la fin du dix-neuvième siècle en France. Celui-là était bien trop proche et bien trop muselé par l'exécutif en place à l'époque. L'amalgame a pourtant longtemps été entretenu.

Avec le recul, il pourrait en aller de même concernant la différence mise en exergue entre les deux systèmes, puisqu'elle a été établie à partir de deux jurisprudences fondamentales mais

premier chef de l'activité du juge. Le juge administratif n'en a donc pas le monopole. Ensuite, que font les articles 1382 et s. si ce n'est consacrer précisément un principe de simple équité. Dans ce sens : X (BECKERS), "De la responsabilité civile de l'État, des administrations publiques et des fonctionnaires dans ses rapports avec le principe de la séparation des pouvoirs", *R.A.*, 1879, p. 138, n° 2, citant le rapport du tribunal sur l'article 1382 et L. WODON, *op. cit.*, 1942, IX, p. 38. Voilà qui relativise les propos de M. PLANIOL, lorsqu'il écrit en 1909 que "(...) les idées sont en train de changer lentement, et l'irresponsabilité de l'État, débris de l'autocratie monarchique, fera place sans doute dans un avenir encore lointain à un principe plus juste et plus humain : celui de la responsabilité des collectivités envers les individus injustement lésés par elle. Le système actuellement suivi en jurisprudence, qui consiste à fonder la responsabilité de l'État, non sur les principes du droit civil, mais sur l'équité (...), ne peut être que transitoire" (*Traité élémentaire de droit civil*, 5^e éd., T. II, Paris, L.G.D.J., 1909, p. 295, note 3). Pour rappel, les premiers rapprochements des droits civil et administratif ont été constatés dans la matière en doctrine.

³⁶⁷ F. BRUSSELMANS, *op. cit.*, *Annales de droit et de sciences politiques*, 1937, p. 39.

³⁶⁸ Voy. *supra*, n° 36.

toutes les deux historiques. Dans les deux cas, toutefois, les jurisprudences sont largement postérieures à la fondation des systèmes. Certes, près de cinquante ans séparent les décisions entre elles. Mais il faut rappeler que le système belge a évolué de manière différée par rapport au droit français. Un demi-siècle de retard, selon M. VAUTHIER et L. MOUREAU³⁶⁹. Ce qui correspond d'ailleurs plus ou moins à la réception différée des privilèges au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, alors que leur première formulation date, en France, du début du siècle.

La différence de rythme dans les évolutions doit ainsi permettre une appréciation nuancée de l'influence française en droit belge. Certes, l'absence de contrôle que l'on connaît en Belgique jusque 1920 trouve sa source en France. Mais le développement d'un contentieux de la responsabilité devant le Conseil d'État, en France, a certainement contribué à ce que, en droit belge, on finisse par en établir un avec les "moyens du système". Bref, contrairement à ce que l'on a pu penser, l'influence française n'a pas toujours été négative en droit belge.

83. Des évolutions parallèles. En marge de ces histoires propres à chaque pays, il faut signaler l'existence d'un fonds commun dans les évolutions.

Ces évolutions concernent surtout l'organisation du contentieux administratif. Dans les deux pays, elles sont souvent parallèles, surtout lorsqu'elles procèdent du droit international, tel le contentieux de la suspension. On peut également mentionner l'emprise croissante du texte de loi *sensu largo* sur la jurisprudence administrative, spécialement en ce qui concerne la compétence³⁷⁰ et la procédure³⁷¹ devant les juridictions administratives.

L'autonomie du droit administratif français ne ressort pas nécessairement réduite de ces évolutions, même si elles sont principalement dues à l'intervention du législateur. Ce dernier est en effet parfaitement libre d'abroger mais aussi d'établir ou d'augmenter la réalité de la différence de régime, dans le respect de la Constitution. Au demeurant, son intervention peut porter sur le droit administratif, mais aussi sur le droit privé, voire sur certaines disciplines au sein de chaque branche du droit.

En France, J.-M. LEMOYNE de FORGES³⁷² écrit à ce sujet que le droit de la puissance publique n'est pas aussi irremplaçable ou irréductible que l'ont cru des auteurs comme HAURIU, VEDEL, ou encore le Conseil constitutionnel français. Son identité propre n'est d'ailleurs pas inconnue du droit privé. Y compris en droit privé, la puissance publique intervient

³⁶⁹ M. VAUTHIER et L. MOUREAU, in ... *Livre jubilaire*, op. cit., 1952, p. 485.

³⁷⁰ On a déjà mentionné à cet égard, avec J.-M. LEMOYNE de FORGES, que le législateur français est intervenu pour confier au pouvoir judiciaire le contentieux de "pans entiers de ce qui paraissait, naguère encore, relever de l'activité administrative" (in *L'unité du droit...*, op. cit., 1996, p. 484).

³⁷¹ Les interventions légales sont également nombreuses pour régler la procédure administrative sous divers aspects. Voy. à ce sujet "Droit administratif. Bilan critique", *Pouvoirs*, op. cit., 1988, 195 pp.; "Le droit administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation", *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, 240 pp., ainsi que R. DENOIX de SAINT MARC, B. PACTEAU, C. BOITEAU, M.-A. LATOURNERIE, F. MODERNE et F. SCANVIC, "La loi du 8 février 1995 et la réforme du contentieux administratif", *R.F.D.A.*, 1996, pp. 1 à 77.

³⁷² J.-M. LEMOYNE de FORGES, in *L'unité du droit...*, op. cit., 1996, pp. 483, 484 et 486.

tantôt pour protéger un intérêt plus faible, tantôt pour sauvegarder l'intérêt de tous lorsqu'il est commun, c'est-à-dire l'intérêt public ou collectif. Ce phénomène est qualifié par l'auteur comme celui de la "publicisation des rapports de droit privé". Il relève ainsi que l'on parle aujourd'hui de droit économique, de droit social, de droit de l'environnement, de droit de la construction, de droit de la santé, etc., les influences réciproques du droit privé et du droit public se faisant plus par addition que par fusion. "Les spécialisations des praticiens du droit correspondent de plus en plus à des branches d'activités économique et sociale plutôt qu'à des branches du droit"³⁷³. De toute évidence, les réflexions de l'auteur sont également valables en dehors du droit français.

84. Une évolution significative en droit belge. L'accent est mis sur l'évolution du droit belge dans les pages qui suivent. Il s'agit en effet de définir les privilèges en droit belge. Or, l'évolution traduit précisément la lente émergence de la différence par rapport au droit français. Différence qui, il faut le rappeler, est encore ignorée parfois par les auteurs dans certains secteurs de l'activité administrative.

L'évolution du droit belge n'est toutefois pas étudiée pour elle-même. Elle ne peut donc pas être exhaustive³⁷⁴. L'exposé vise à indiquer un mouvement, une direction prise mais progressive, et dont il convient d'assumer toutes les implications, principalement en ce qui concerne la sujétion de principe des autorités publiques au droit commun. Il s'agit aujourd'hui de franchir une nouvelle étape dans cette évolution.

Dans la foulée, l'exposé permet aussi de comprendre pourquoi les premiers auteurs belges n'ont pas osé la différence dès 1831; pourquoi le droit commun n'est pas toujours suffisamment pris en compte par les administrativistes, aujourd'hui encore; et pourquoi, dès lors, le présent travail n'a pas été réalisé plus tôt.

À vrai dire, raisonner autrement reviendrait à ignorer l'histoire du contentieux administratif belge et le chemin parcouru depuis lors. Se priver des repères adéquats reviendrait surtout à rendre la doctrine actuelle obscure et inintelligible, voire incompréhensible et paradoxale. Car comment justifier sans cela l'application partielle du droit commun en matière administrative ? Et

³⁷³ *Ibidem*, p. 486. C. CAMBIER écrit dans le même sens en 1964 : "Le droit social, le droit professionnel, le droit de l'économie débordent du droit administratif classique. Si bien que traduire dans un agencement d'ordre institutionnel, la recherche d'une spécialisation classant d'un côté le privé et, de l'autre, le public, serait, si l'on n'observe la mesure, travestir les réalités" (op. cit., T. II, 1964, p. 512). Et, avant lui encore, J. DABIN ou F. RIGAUX, "Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. I, op. cit., 1963, p. 250.

³⁷⁴ Il serait en effet superflu de reprendre ici toute l'évolution du contentieux administratif. D'autant que certaines avancées sont parfois très insidieuses ou se rapportent parfois au phénomène plus général de la "juridicisation" du droit. Ainsi, par exemple, l'évolution jurisprudentielle ayant conduit les cours et tribunaux à recevoir les demandes fondées sur un simple intérêt et plus seulement sur un droit au sens strict. Elle a facilité la contestation de l'action administrative, empêchant l'administration de soulever l'exception d'incompétence correspondante. M. CORNIL y voyait une différence de fait au-delà d'une parfaite égalité juridique. À son estime, en effet, les pouvoirs publics avaient plus l'occasion que les particuliers d'opposer pareille exception parce que le domaine de la délibération, à la fois vaste et mal délimité, permettait à l'administration de se mouvoir librement sans porter atteinte à aucun droit civil à la seule condition de ne pas détourner ses pouvoirs (op. cit., B.J., 1939, col. 450, note 1). Comp. M. BOURQUIN, op. cit., 1912, n° 50, p. 71; P. WIGNY, op. cit., 4^e éd., 1962, n° 434, p. 341. Par le passé, les simples intérêts justifiaient fréquemment l'incompétence des tribunaux.

comment expliquer que, sans avoir modifié la Constitution sur ce point, l'administration ne pouvait pas être "mise au greffe" avant 1920 en ce qui concerne son activité publique, mais bien depuis 1920 ?

Manifestement, l' "interprétation"³⁷⁵ de la Constitution a permis une évolution magistrale. A *contrario*, durant de nombreuses années, la Constitution a été privée d'une grande partie de sa modernité.

L'éminent magistrat I. PLAISANT³⁷⁶ s'exprimait pourtant en ces termes lors de la séance d'installation de la Cour de cassation de Belgique :

"Si, dans la première des grandes révolutions des temps modernes, la Belgique resta en arrière; si, par un attachement bien naturel aux privilèges qui lui assuraient alors une liberté inconnue ailleurs, elle repoussa les institutions et les lois générales, ce même besoin de liberté la fait aujourd'hui marcher en avant des nations qui l'entourent".

En réalité, peu nombreux devaient être les publicistes qui, au lendemain des travaux du Congrès national, étaient en mesure d'imaginer la dérive que le système belge allait connaître durant près de soixante ans. Aujourd'hui, il est d'autant plus difficile de comprendre comment la différence (encore partielle) par rapport au droit français a mis autant de temps à émerger. Il s'agit toutefois d'une donnée objective qui est livrée par l'histoire.

a. La lente émergence de la différence

85. Le dogme de la double personnalité de l'État. On se souvient du contexte propre à l'indépendance et à la promulgation d'une nouvelle Constitution³⁷⁷, et comment en particulier l'influence du droit français leur a survécu jusque dans la législation. "Tout peuple qui obtient une loi fondamentale et un gouvernement représentatif ne gagne rien à ce changement, s'il conserve les lois secondaires établies à l'époque de son asservissement politique", écrivait BÉRENGER³⁷⁸. C'est exactement ce qui s'est passé en Belgique à partir de 1831.

³⁷⁵ Il ne s'agit pas vraiment d'une interprétation *textuelle* de la Constitution, mais plutôt du système que celle-ci a mis en place.

³⁷⁶ I. PLAISANT, alors av. gén. f.f. proc. gén., discours lors de la séance d'installation de la Cour, *Bull.*, 1832, p. 11.

³⁷⁷ Voy. *supra*, nos 16 et s.

³⁷⁸ BÉRENGER, *De la justice criminelle*, p. 1, cité par J. CRUET, *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, Paris, Rousseau, 1906, p. 449.

À l'époque, pourtant, les premiers commentateurs³⁷⁹ semblaient conscients de la profonde différence du système belge par rapport au système français. Le pouvoir judiciaire lui-même semblait décidé à exercer un certain contrôle de l'action administrative³⁸⁰. La Cour de cassation était même accusée, depuis la France, d'incliner sa jurisprudence "vers des solutions systématiquement défavorables à l'administration, et par suite à l'intérêt général et économique du pays"³⁸¹.

Il faut préciser que le Constituant l'avait expressément chargée de ce contrôle, en particulier au travers des articles 92 et 93 (144 et 145) ainsi que 107 (159) de la Constitution. Or, ces dispositions ne distinguent pas selon que l'État intervient en qualité de personne publique ou de personne privée. On s'attend donc à ce que le contrôle soit identique dans les deux cas. La sanction aussi est unique. Il y a lieu, pour le juge, de refuser l'application de tout acte administratif illégal.

³⁷⁹ En 1834, c'est-à-dire lorsque la Constitution est votée, mais que l'on attend encore des lois administratives essentielles, comme la loi communale ou la loi provinciale, C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, par exemple, commentent de la sorte la constitution française de 1791 et la stricte séparation des pouvoirs qu'elle impose : " (...) les abus qui peuvent en résulter doivent être moins sensibles et moins fréquents en Belgique qu'en France; car nous n'avons pas la juridiction du conseil d'État, et toutes les fois que les contestations ont pour objet des créances ou des droits civils, ce sont les tribunaux, qui chez nous sont appelés à décider; l'action judiciaire est toujours ouverte aux plaignants" (*op. cit.*, T. I, 1834, "Administration", p. 365).

³⁸⁰ On trouve en effet plusieurs décisions de 1831 à 1860 qui attestent d'une volonté réelle d'adapter le droit au nouveau régime. On peut même soutenir que le juge judiciaire ne prenait pas garde, à l'époque, de condamner les pouvoirs publics agissant en cette qualité. Parmi d'autres : Cass., 9 janvier 1845, *Pas.*, 1845, I, 197 et concl. pr. av. gén. M. DEWANDRE. L'espèce est révélatrice du climat propre à l'époque et du souci de "ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas", comme l'indique M. DEWANDRE. Selon la Cour, "non seulement l'État doit, comme les particuliers eux-mêmes et d'après les principes du droit commun, user des propriétés publiques de manière à ne point endommager les héritages voisins, mais (que) l'établissement des routes lui impose des obligations particulières envers les propriétaires riverains" (*ibidem*, *ad*). À l'image d'une sorte de contrat parfait, soutenait M. DEWANDRE en précisant le droit commun applicable en l'espèce : la loi générale érigée en principe par l'article 11 (16) de la Constitution, que l'article 545 du Code civil renouvelle et dont aucune loi spéciale n'a affranchi l'État. Aujourd'hui, il faudrait ajouter : dans la mesure tolérée par les principes d'égalité et de non-discrimination. Comp. pourtant L. WODON, *op. cit.*, 1942, IX, p. 38, selon qui, durant quatre-vingt dix ans, les cours et tribunaux belges auraient refusé de reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics en cas de dommages occasionnés à des particuliers par une faute imputable à l'administration, lorsque celle-ci était censée agir à titre d'autorité. Il semble donc que le contrôle opéré durant les premières années était au moins plus timide qu'à partir de 1920. Encore que les décisions citées par C. CAMBIER nuancent fortement ces propos concernant des actions militaires (*op. cit.*, T. I, 1961, p. 158). Bref, l'époque n'est pas celle du consensus. J. LEJEUNE écrit ainsi, dès 1857, que "tous les esprits n'ont point renoncé, en Belgique, aux principes de l'école française, et nous retrouvons des idées françaises, et des plus caractéristiques, sur les attributions et l'indépendance du pouvoir exécutif, jusque dans la jurisprudence de notre cour de cassation" (*op. cit.*, p. 59). *Add.* C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 595 : dès 1834, des décisions font présager une rapide restauration des doctrines françaises de la séparation des pouvoirs.

³⁸¹ R. JACQUELIN, *op. cit.*, 1899, p. 41, citant FLOURENS, *Organisation judiciaire et administrative de la France et de la Belgique (1874-1875)*, 1875, p. 384. Le son de cloche est différent en Belgique : " (...) vous exercez un droit de censure légitime sur les actes du pouvoir le plus porté jusqu'ici à l'envahissement", haranguera M. le premier président E.-C. DE GERLACHE en s'adressant aux corps judiciaires lors de la séance d'installation de la Cour de cassation (*Bull.*, 1832, p. 18).

Progressivement, néanmoins, une distinction s'impose en jurisprudence dans le contrôle judiciaire des autorités administratives. Elle déteint jusque dans les écrits d'auteurs pourtant toujours convaincus de la différence³⁸².

Il est difficile d'identifier avec précision une date à laquelle le phénomène a lieu. Il s'agit d'un glissement progressif dans la jurisprudence de la Cour de cassation. On peut toutefois écrire qu'à partir des années 1860³⁸³, les juges prennent l'habitude d'effectuer une distinction entre deux personnes dans l'État, selon qu'il agit comme puissance publique ou en qualité de

³⁸² C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, en particulier, semblent avoir radicalement changé d'opinion en 1843 (année où paraît le volume 6 de leur répertoire) par rapport à 1834 (voy. ci-dessus, note 375). Et cela à propos du principe de droit public qui constituera plus tard un bastion conquis en faveur du contrôle de l'action administrative par les cours et tribunaux : l'immunité d'exécution des pouvoirs publics. Les deux auteurs y défendent en effet la nécessité de l'immunité en dénonçant "(...) l'opinion contraire (qui) cherche à se faire jour depuis quelques années, et la tendance toujours croissante de l'intérêt privé qui s'efforce de prévaloir sur l'intérêt public (...)". On oublie trop facilement, selon eux, que l'État n'est pas soumis au droit civil mais à "un droit public et administratif qui a ses formes et ses règles particulières, et qui a été expressément créé pour l'État" (*op. cit.*, T. VI, 1843, "Domaine", p. 353). Il est vrai que les auteurs se réfèrent explicitement à la législation particulière relative aux biens de l'État. Mais celle-ci ne dit mot à propos de l'exercice éventuel de voies d'exécution à leur encontre. Le droit français est, en outre, plusieurs fois utilisé en tant que source directe d'inspiration. Le principe de la continuité du service public se dessine déjà dans les propos tenus, mais il est présenté comme touchant l'ensemble des biens de l'État qui seraient d'intérêt général. L'État a en effet "des privilèges que les particuliers n'ont pas, parce qu'à sa qualité de personne civile il en joint une autre, celle de personne ou d'institution publique" (p. 354). Plus qu'un changement d'opinion, les propos tenus par C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS relèvent d'une sorte de désarroi lié à la période qui suit l'indépendance. Car, en 1846, on peut encore lire dans le même *Répertoire*, mais dans le tome 7 cette fois, que les actes du Roi sont exécutoires "sur les personnes et sur les biens s'il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, ni d'autre titre. Nous disons s'il y a lieu, parce que les cas de pareille exécution ne peuvent guères se présenter dans l'état actuel de notre législation, qui place les personnes et les propriétés sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire" ("Exécution", p. 163).

D'autres auteurs font état du même désarroi. Pour P. ERRERA, par exemple, en Belgique, "la compétence judiciaire proprement dite est plus étendue qu'en France. Pourtant, dans bien des cas, règne encore chez nous l'arbitraire administratif et même, quand un recours juridictionnel est assuré aux intéressés, la solution manque d'ampleur, les juges craignant de s'aventurer dans un domaine où l'administration reste maîtresse absolue" (P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, § 166, p. 257). Peu avant l'arrêt "La Flandria", P. LECLERCQ est allé venu à déclarer que seul le législateur pourrait les y amener (P. LECLERCQ, "Du pouvoir judiciaire", *mercuriale, J.T.*, 1911, col. 893 et *R.A.*, 1912, p. 341). C'était sans compter avec les juges près la Cour de cassation.

³⁸³ M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 56. Dans le feu de l'action, M. P. LECLERCQ, alors pr. av. gén., se livre à une analyse détaillée de la jurisprudence à laquelle l'on renvoie (concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 à 239), de même d'ailleurs qu'à M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912 et L. WODON, *op. cit.*, 1920. Cela dit, l'éminent magistrat identifie implicitement de 1875 à 1900 la période véritablement touchée par un retour en arrière dans la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'il écrit à propos de cette période qu'HENRION DE PANSEY est un conseiller (mort en 1829) "très écouté" dont l'autorité est constamment invoquée dans les conclusions et les notes aux arrêts de la Cour (*Pas.*, 1920, I, 195). L'impressionnante série d'arrêts cités permet toutefois d'étendre la période dès 1865 (voy. P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, p. 323), étant entendu qu'il s'agit d'une tendance déjà fixée et non d'arrêts simplement isolés. Il situe par contre très précisément le couronnement en 1915, avec l'arrêt du 21 janvier, au terme duquel la Cour de cassation va jusqu'à déclarer "que le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire défend aux tribunaux la connaissance des contestations relatives aux droits civils des citoyens dès que cette connaissance suppose l'appréciation des actes du pouvoir administratif" (*Pas.*, 1915, I, 172, concl. conf. av. gén. M. PHOLIEN). L'opposition entre le principe (c'est-à-dire l'interdiction) et l'article 92 de la Constitution contraste très nettement. À se demander, avec P. LECLERCQ, "s'il n'a pas été introduit dans l'arrêt pour faire ressortir l'erreur de la théorie dont il est le logique aboutissement" (*Pas.*, 1920, I, 219).

personne privée³⁸⁴. Dans le premier cas, ils décident de plus en plus régulièrement qu'ils ne peuvent pas - ou plus, ce qui est plus correct - troubler l'action publique de l'administration³⁸⁵.

L'origine de la jurisprudence, quant à elle, ne fait aucun doute³⁸⁶. Elle vient de France. Elle est issue de la très ancienne conception de la séparation des pouvoirs, antérieure à la révolution française. Les juges belges vont parfois même jusqu'à s'inspirer des anciennes formules. Il faut rappeler qu'ils ont connu ce régime, et pas seulement lorsqu'ils évoluaient sous domination française³⁸⁷.

La résurgence de cette conception ne manque en réalité pas d'étonner. D'abord, elle ne trouve aucun fondement dans la Constitution belge. Ensuite et surtout, ses conséquences en droit belge relèvent plutôt de l'absurde.

³⁸⁴ Le premier arrêt de la Cour de cassation à consacrer véritablement la personnalité double de l'État pourrait bien être celui du 7 mai 1869, *Pas.*, 1869, I, 330 (*Pas.*, 1920, I, 202). Celle-ci passe à l'état de dogme au fil des arrêts qui la reprennent, mais elle était présente bien avant dans différentes conclusions, y compris dans certains arrêts (P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, p. 323). Il est ainsi admis que les conclusions prises en 1840 par DE CUYPER, alors av. gén. (préc. Cass., 25 juin 1840, *Pas.*, 1840, I, 409), amorcent déjà un tournant dans les esprits de la Cour en ce qu'elles prônent la distinction de deux personnes dans l'État et invitent à déclarer l'incompétence du pouvoir judiciaire à connaître de l'action administrative en vertu de la séparation des pouvoirs. L'influence subie de HENRION DE PANSEY est généralement soulignée (J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, pp. 60 et s.; M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, p. 49; proc. gén. P. LECLERCQ, concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 195; L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 91; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 224). Cela dit, la distinction y est faite selon que l'acte administratif porte ou non atteinte à un droit individuel, civil et politique (*Pas.*, 1840, I, 415), la volonté est affichée de s'inspirer des dispositions textuelles de notre pacte fondamental (413) et la séparation française des pouvoirs, si elle est considérée comme étant d'application, doit être entendue dans ses rapports avec l'article 107 (159) de la Constitution (412) mais aussi 92 (144) de la Constitution : les cours et tribunaux ne peuvent pas refuser l'application d'actes administratifs illégaux s'ils n'atteignent aucun droit individuel civil ou politique; ils doivent recevoir leur exécution tant qu'ils n'ont pas été annulés par l'autorité compétente, généralement l'autorité administrative supérieure; ceci même si la solution dont ils sont saisis dans les limites de leurs compétences dépend d'eux : leur devoir est de s'abstenir et de renvoyer devant qui de droit pour faire ensuite application à la cause de ce qui aura été statué par l'autorité compétente (415 et 416).

³⁸⁵ Le phénomène doit être rapproché de ce qui s'est passé au lendemain du Congrès de Vienne (1815) avec le système hollandais. Après quelques années, il devait être privé de sa modernité. Comme si, plus généralement, une conception moderne de la séparation des pouvoirs était en quelque sorte prématurée pour l'époque. L'analyse de cette période est facilitée par la nécessité que les auteurs ont éprouvée d'expliquer la spécificité belge et les errements du passé pour mieux faire triompher celle-ci.

³⁸⁶ P. LECLERCQ identifie de la sorte la cause principale de la maladie : "C'est l'influence énorme que certains auteurs français du début du XIX^e siècle ont fini par acquérir" (concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 195). L'excellent Haut magistrat désignera notamment HENRION DE PANSEY, ancien président de la Cour de cassation avant la révolution, comme ayant été "la plus dangereuse des sirènes" pour le droit belge (*ibidem*, 195; voy. aussi L. WODON, *op. cit.*, 1920, pp. 91 et s. ou encore M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, p. 49), comme d'ailleurs pour le droit français (T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 165). M. VAUTHIER, quant à lui, porte l'attention sur "l'idée abstraite" que les rédacteurs des articles 92 et 93 (144 et 145) de la Constitution ont formulée "sans trop se préoccuper des obstacles que la réalisation de cette idée allait forcément rencontrer dans la législation antérieure", en particulier la conception française de la séparation des pouvoirs qui devait conserver sa force obligatoire à travers la jurisprudence, malgré la Constitution (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 496, pp. 663 et 664).

³⁸⁷ Rem. sur ce point M. SOMERHAUSEN, in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, *op. cit.*, T. IV (§ 113), 1969, n° 1, p. 467 : malgré les textes constitutionnels, l'empereur des Français, comme le roi de Hollande, gouvernait avec l'aide d'un conseil d'État, mais à l'époque en rien comparable avec une juridiction administrative; P. GOFFAUX, "De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État", in *Le Conseil d'État* (1946-1996), *op. cit.*, 1999, pp. 32 à 36.

86. L'immunité de juridiction en Belgique. La conséquence de cette jurisprudence est en effet dramatique³⁸⁸ autant qu'absurde pour l'administré.

En France, selon que l'administration intervient en tant que personne privée ou en tant que pouvoir public, le juge compétent pour connaître d'un éventuel litige est le juge judiciaire ou le juge administratif. Les tribunaux ordinaires sont donc exclus de l'action administrative, parce que celle-ci a son propre juge³⁸⁹. Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas opposable à ce dernier, car il est "un organe de l'administration"³⁹⁰.

En Belgique, en revanche, le pouvoir judiciaire est seul investi d'une compétence générale susceptible de s'étendre à l'ensemble de l'action administrative. Il y va d'un quasi-monopole dans la mesure où aucune juridiction administrative à compétence générale n'est organisée avant 1946. Dans ce contexte, l'application mimétique d'une stricte séparation des pouvoirs par le juge judiciaire revient à organiser un véritable "dénier de justice"³⁹¹, une sorte d'impunité générale en faveur de l'administration. En l'absence d'un Conseil d'État, l'action administrative n'est en effet plus soumise à aucun contrôle et le particulier lésé est privé de tout recours³⁹². Les actes administratifs sont soustraits à tout juge. Seuls les litiges mettant en cause l'administration agissant comme personne privée emportent encore la compétence des tribunaux judiciaires³⁹³.

Bref, on semble retrouver une "Belgique d'un autre âge"³⁹⁴. Nulle part ailleurs, en Europe, l'administration n'a des pouvoirs plus étendus : "ici, quand l'administration a parlé, tout est dit"³⁹⁵. Le privilège de juridiction en France débouche en Belgique sur une véritable "immunité

³⁸⁸ Elle "a fait tant de mal", dira avec retenue P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Pas.*, 1920, I, 215.

³⁸⁹ C'est la "théorie du juge-administrateur", en vertu de laquelle le juge administratif est investi de l'"administration contentieuse" par opposition à l'"administration active".

³⁹⁰ M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 496, p. 665.

³⁹¹ M. VAUTHIER préfère évoquer que "nos tribunaux se refusent très fréquemment dans les cas où la conduite et les décisions de l'administration étaient en jeu" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 496, p. 664, *id.*).

³⁹² À l'époque, R. JACQUELIN écrit à ce propos : "Non seulement les tribunaux belges n'ont pas, comme les tribunaux anglais ou américains, le droit d'adresser des ordres, des injonctions et des défenses aux administrateurs, mais ils n'ont même pas le pouvoir de tirer les conséquences logiques de leurs jugements en réformant, ou même en annulant les actes administratifs illégaux; ils se bornent à ne pas leur prêter leur concours judiciaire, et à n'en pas tenir compte dans les contestations qui leur sont soumises. Il en résulte que la Belgique, à la différence de la France, ne connaît pas le recours en annulation pour excès de pouvoirs; "c'est, dit-on, un point qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on compare le système belge au nôtre" (Laferrière)" (*op. cit.*, 1899, pp. 40 et 41).

³⁹³ Même dans ce cas, les juges ne peuvent pas résoudre une question de pure administration, même incidente, ce qui les conduit à surseoir à statuer tant que la question n'est pas tranchée par l'autorité administrative (fonctionnaire ou juridiction administrative) à laquelle elle doit avoir été renvoyée. Cette pratique judiciaire est renseignée par M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 229, p. 291.

³⁹⁴ P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 321.

³⁹⁵ A. BEERNAERT, ancien premier ministre et alors ministre d'État, déclaration faite à la Chambre, *Ann. parl.*, Chambre, 17 janvier 1906, p. 431. L'extrait est également mentionné par M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 57 : "Nous avons les institutions les moins complètes, les moins bonnes d'Europe en ce qui concerne l'administration. Nulle part elle n'a des pouvoirs plus étendus, nulle part les abus eux-mêmes ne comportent moins de remède. En France, il y a le Conseil d'État auquel on peut recourir dans nombre de cas. Mais ici, quand l'administration a parlé, tout est dit".

de juridiction"^{396 397}. On ira jusqu'à écrire, à propos des tribunaux judiciaires, qu'ils sont "enchaînés par le dogme de la séparation des pouvoirs"³⁹⁸, qu'ils sont "paralysés par une interprétation extensive et fautive du principe non écrit et mal compris de la séparation des pouvoirs"³⁹⁹.

87. Un incroyable paradoxe. Le paradoxe est à son comble. Une des Constitutions les plus modernes à l'époque engendre un régime parmi les plus favorables à l'administration. Mais il y a plus. Tel n'était en effet ni le sens ni la portée de cette doctrine en France, ce que l'on oublie trop souvent.

En France, en effet, la dualité de l'État a surtout permis de dépasser l'immunité totale de l'action administrative pour permettre le contrôle judiciaire d'une partie de cette activité, à savoir la partie

³⁹⁶ M. CORNIL, *op. cit.*, *B.J.*, 1939, col. 450; P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, 225. Des expressions assimilées sont utilisées : une "immunité administrative", utilisée pour décrire la situation en droit français par L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 73, et en droit belge in *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Compétence respective", col. 229, n° 247; l'"immunité civile de l'administration" (X, *op. cit.*, *B.J.*, 1921, col. 66, note 3bis), l'"immunité politique de l'administration" (P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Pas.*, 1920, I, 199, 212 et 213, suivi par A. DE L'ARBRE, obs. sous Cass., 5 novembre 1920, *J.J.P.*, 1921, p. 235), ou plus simplement l'"immunité de l'administration" (P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Pas.*, 1920, I, 202). On parle encore de l'irresponsabilité de l'administration personne publique (M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 236, p. 318) qui résulte le plus souvent de décisions d'incompétence en Belgique (*ibidem*, n° 244, p. 348).

³⁹⁷ Quelques exceptions doivent être mentionnées lorsque, dans des matières déterminées, faisant alors l'objet d'une réglementation détaillée, des recours administratifs trop rares et peu efficaces sont organisés (M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 238 à 244, pp. 253 à 267, au terme d'une longue analyse). De plus, les conclusions de P. LECLERCQ préc. l'arrêt "La Flandria" font état, toujours selon les matières, d'une lutte intérieure entre deux influences, entre les principes constitutionnels et le virus français (*op. cit.*, *Pas.*, 1921, I, not. 215). De telle manière que P. LECLERCQ présente aux juges leur décision à prendre non comme une modification complète de la jurisprudence, mais comme son maintien "telle qu'elle s'est édifiée dans les années qui ont suivi la mise en vigueur de la Constitution belge, telle qu'elle n'a cessé d'exister plus tard, malgré les attaques dont elle était assaillie et dont elle a fini par triompher complètement par votre arrêt du 5 mars 1917" (228). L'époque est donc controversée, mais il faut prendre acte de ce que le particulier n'est généralement pas contestataire.

³⁹⁸ X, obs. sous F. SANLAVILLE, "Dommages résultant des travaux publics", *R.A.*, 1906, p. 261. En ajoutant que le système tel qu'il a évolué en Belgique "est incapable de subsister indéfiniment" (p. 264).

³⁹⁹ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, p. 340, n° 433 : "Ils croient qu'en condamnant l'administration, ils s'immiscent inconstitutionnellement dans l'activité administrative".

d'ordre privé⁴⁰⁰ 401. Ensuite seulement, l'activité publique a connu un progrès à travers l'émergence d'un contrôle administratif spécialisé et l'apparition d'un ordre juridictionnel administratif. Globalement, la situation n'est devenue tolérable qu'à la fin de siècle, une fois le juge administratif en réelle possession de moyens de contrôle.

L'absurdité de la direction opposée prise en Belgique n'en est que plus grande. Alors qu'en France le juge administratif impose peu à peu son contrôle, les juges belges privent progressivement le particulier de tout recours face à l'administration. Pourtant, le Constituant avait précisément opté pour un contrôle judiciaire moderne qui changerait des pratiques françaises liées à un Conseil d'État plutôt décevant. Néanmoins, le juge belge s'applique à transposer comme telle une théorie française inadaptée au système belge et qui débouche sur l'absence de contrôle de l'activité publique. Ce qui fait écrire M. VAUTHIER et L. MOUREAU que le progrès réalisé en France par l'extension de l'empire du droit administratif, transporté en Belgique, a desservi les intérêts des administrés⁴⁰². Le paradoxe de l'évolution est tout simplement ahurissant.

Plusieurs cris d'alarme se sont fait entendre à l'encontre de cette situation qui devenait franchement inacceptable au fur et à mesure que l'on se rapprochait de la fin du siècle. Pourtant, les "accès les plus violents se sont produits au début de ce siècle"⁴⁰³. P. LECLERCQ fait état, à l'occasion de l'arrêt "La Flandria", des avertissements renouvelés contre le danger que présente

400 Un arrêt du 14 juin 1915 de la Cour de cassation belge a été l'occasion, pour P. LECLERCQ, de mettre en perspective cette évolution parallèle à la révolution française : "l'État personne civile, masque dissimulant l'auteur vrai des actes de droit civil, l'État souverain, n'est (donc) qu'un procédé de technique juridique, imaginé par la science pour faire rentrer dans le domaine du droit civil l'État qu'elle en avait fait sortir sous prétexte qu'étant le souverain, il le dépasse. La distinction est purement doctrinale, faite par la science dans un but de classification; la loi n'en parle pas. On a dès lors eu tort, oubliant cette origine, de faire de l'État-personne civile un être distinct de l'État-souverain" (proc. gén. P. LECLERCQ, alors av. gén., concl. conf. préc. Cass., 14 juin 1915, *Pas.*, 1916, I, 332 et 333). De même, l'épithète commerçant sert à désigner l'activité d'un individu; mais ce n'est pas la désignation d'un être distinct de lui (339). À noter aussi l'évolution de la jurisprudence française dont P. LECLERCQ fait état en note 1, 330, et qui témoigne de l'abandon par le Conseil d'État, depuis 1895, du principe de l'irresponsabilité de l'État en matière d'actes de la puissance publique (à l'exception des communes) pour distinguer parmi les actes de gestion uniquement selon qu'ils se rapportent aux services publics ou au patrimoine privé. Sans oublier que, jusque l'arrêt "Blanco" en 1873, les tribunaux se reconnaissaient compétents pour statuer sur les actions en responsabilité dirigées contre l'État.

401 Comp. l'argument maladroitement transposé en droit belge par M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 501, pp. 671 et 672 : l'artifice de la dualité de l'État a permis le contrôle d'une partie de l'action administrative au lieu d'avoir conduit à en immuniser un pan entier. À un autre endroit, l'auteur invite cependant les juges à plus de nuance dans l'application peu scrupuleuse des principes ordinaires de la responsabilité à l'administration, sans prendre en compte à aucun moment sa spécificité. Voy. X (M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, p. 63, au moment d'évoquer la dérive jurisprudentielle que le droit administratif belge a connue durant cette époque.

402 M. VAUTHIER et L. MOUREAU, in ... *Livre jubilaire*, *op. cit.*, 1952, p. 485. En pratique, on peut écrire que "l'administration française a été jugée responsable dans plus d'une hypothèse où l'administration belge aurait pu récuser avec succès la juridiction civile et où, par suite, faute d'une juridiction administrative, elle serait sortie de la difficulté complètement indemne" (X, obs. sous F. SANLAVILLE, "Dommages résultant des travaux publics", R.A., 1906, p. 262). M. BOURQUIN évoque à cet égard une "atrophie perdurante du système belge" (*op. cit.*, 1912, n° 52, p. 73).

403 Proc. gén. P. LECLERCQ, concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 194.

la doctrine française de l'époque⁴⁰⁴. À le lire, on se demande comment⁴⁰⁵ une telle dérive a pu être maintenue aussi longtemps.

88. L'arrêt "La Flandria". En 1920 seulement, l'arrêt "La Flandria"⁴⁰⁶ met définitivement fin à l'immunité en rejetant la dualité de personnes qu'on prétendait exister dans l'État⁴⁰⁷, à savoir l'impossible ventilation entre police et gestion⁴⁰⁸. M. VAUTHIER évoque une

404 *Ibidem*, 196 à 198. Et le haut magistrat de conclure que "Les auteurs français écrivaient sous une législation non seulement différente de la législation belge, mais contre laquelle celle-ci est une réaction" (196).

405 Et pourquoi, à l'instar de L. WODON, préface à M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930 (préface de la 2^e éd. reproduite), p. XIV : "Pourquoi (...) s'est-on obstiné et s'obstine-t-on encore à sonder les mystères du problème de la personnalité civile, qui n'est, à vrai dire, qu'un problème de mots ?" L. WODON écrit à propos de la dualité de l'État qu'on en a fait une sorte d' "hypostase" (*op. cit.*, 1920, p. 138), terme utilisé pour désigner la substance ou chacune des trois personnes de la Trinité en tant que substantiellement distincte des deux autres (*Le Nouveau Petit Robert*, éd. 1995). Dans un sens rapproché, M. VAUTHIER insiste sur le vice et l'illusion évidente des notions : "ce n'est point parce que l'administration est puissance publique qu'elle est irresponsable et parce qu'elle est personne morale qu'elle est susceptible d'encourir une responsabilité. C'est, au contraire, parce que l'on estime que les conséquences préjudiciables de certains actes ne doivent pas être réparées et que les conséquences d'autres actes exigent une réparation que l'on infère l'existence, tantôt de la puissance publique, tantôt de la personne morale. Dira-t-on qu'il n'y a ici qu'une question de mots et qu'en intervertissant l'ordre des termes du problème, nous ne modifions point la nature de celui-ci. Ce serait, pensons-nous, une erreur. Il y a un intérêt véritable à montrer que les notions de puissance publique et de personne morale ne répondent point à des entités façonnées d'avance par notre esprit, qu'elles sont, au contraire, en voie de formation incessante, et en quelque sorte, à l'état de continuel devenir" (X, à propos de la "Personnalité civile", R.A., p. 424). Le parallèle est frappant comparé à l'existence de principes généraux propres au droit administratif !

406 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 et concl. proc. gén. P. LECLERCQ qui étudie de manière exhaustive l'évolution de la jurisprudence influencée par une conception de la séparation des pouvoirs inspirée de la Constitution française de 1791 et défendue en Belgique notamment par HENRION DE PANSEY. L'arrêt "La Flandria" n'est en réalité pas isolé. Il est l'acte le plus marquant de ce que C. CAMBIER qualifie "un véritable procès en revision de la condamnation d'incompétence du judiciaire" (*op. cit.*, T. I, 1961, p. 154). Déjà en 1917, la Haute Cour, unique instance de contrôle à l'époque, s'était déclarée compétente pour connaître de l'action administrative quelle qu'elle fût et la soumettre ainsi au droit commun (Cass., 5 mars 1917, *Pas.*, 1917, I, 118, concl. et note proc. gén. P. LECLERCQ, alors av. gén.). La dualité de l'État était déjà explicitement rejetée, permettant de "sortir du monde des fictions et rentrer dans le monde du réel" (insp. de P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Pas.*, 1920, I, 220; comp. avec X, à propos de la "Personnalité civile", R.A., pp. 421 à 426). La responsabilité de l'État selon le droit commun était déjà acquise. Voy. aussi Cass., 29 avril 1920, *Pas.*, 1920, I, 127, concl. proc. gén. TERLINDEN.

407 P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, pp. 341 et 342; P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, 225.

408 M. CORNIL, *op. cit.*, B.J., 1939, col. 449 et 450. Sous son empire, "Le droit reste vague, indécis, tortueux, et les justiciables ne savent à quel saint se vouer !" (L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 156). "Cette matière est tellement complexe, tellement féconde en distinctions et en subtilités que le juriste consulte éprouve quelquefois, à la traiter, une sorte de malaise voisin du découragement. Nous sommes, pour notre part, de plus en plus enclins à penser que l'on rend cette question plus difficile, plus embarrassante qu'elle ne devrait l'être, et cela parce qu'on y mêle des abstractions, des entités artificielles, au lieu d'envisager la réalité franchement et telle qu'elle est" (X, à propos de la "Personnalité civile", R.A., pp. 422 et 423).

En Belgique, plus que l'inefficacité du critère, c'est évidemment le résultat auquel conduit la distinction qui est critiquée au point d'être abolie, à savoir l'immunité relative de juridiction. À noter ainsi que si le critère ne permet pas toujours de ventiler deux types d'activités menées par l'État, la distinction théorique trouve néanmoins encore quelques prolongements pratiques s'avérant parfois très utiles. On distingue ainsi, parmi les biens de l'État, le domaine privé du domaine public dont on retrouve une manifestation dans l'appréciation de la continuité du service public ainsi qu'une forme de résurgence dans l'article 1412bis du Code judiciaire à travers la notion de bien nécessaire au service public. En règle, de surcroît, des règles spéciales sont établies en faveur de

"répudiation" de même qu'une "acquisition définitive de notre droit administratif"⁴⁰⁹; P. WIGNY un revirement "décisif"⁴¹⁰.

À partir de là, Différentes lectures de l'histoire sont possibles.

Certes, la Cour de cassation semble être le principal acteur de cette "seconde révolution", cette fois jurisprudentielle, contre la persistance du "régime" français. L'envers du décor invite toutefois à souligner qu'elle n'a pas joué ce rôle durant plus d'un demi siècle. Sans oublier qu'aux alentours de 1920, le projet de création d'un Conseil d'État connaissait un regain d'intérêt. Dans ces conditions, il est difficile de saisir au juste l'intention véritable de la Cour en prononçant cet arrêt.

Peut-être a-t-elle surtout voulu couper court à ce projet de création d'un Conseil d'État⁴¹¹, pourtant non prévu par la Constitution⁴¹². Sans doute était-ce, au contraire, un signe de maturité et l'expression d'une volonté d'enfin jouer le jeu constitutionnel, de tirer profit de dispositions constitutionnelles étouffées jusque-là⁴¹³. À moins que ce geste ne s'explique par la conjonction de plusieurs éléments, parmi lesquels il ne faudrait pas oublier la composition de la Cour et de son ministère public. Les personnalités d'un tel rang ne manquent en effet pas de marquer la jurisprudence par leur pensée et leur personnalité.

l'administration surtout lorsqu'elle intervient en qualité de personne publique selon l'ancienne distinction. Cette ligne de conduite est aujourd'hui favorisée par le contrôle de la Cour d'arbitrage, notamment, consistant à vérifier le respect du principe d'égalité dans l'aménagement de ces règles. Inutile donc de prétendre que la distinction ne correspond plus à quelque chose de concret dans la réalité du droit administratif. Mais autre chose consiste à soutenir que la distinction régit l'ensemble du droit administratif jusque dans le contentieux administratif, et indépendamment de tout prescrit légal. Ou encore qu'une telle distinction doit disparaître à tout prix.

409 M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, col. 503, resp. pp. 674 et 675.

410 P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 381, p. 288.

411 Dans ce sens : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 569 et 570. "De méchantes langues, écrit P.-M. ORBAN, (...) ont dit à ce propos que dès qu'il fut question, à l'occasion de notre réforme constitutionnelle qui s'esquissa en 1919, de créer une juridiction administrative (...), notre Cour de cassation, scrupuleusement jalouse de conserver la plénitude de ses attributions juridictionnelles s'empessa d'énervier cette initiative en admettant dorénavant le principe de la responsabilité de l'administration et en enlevant ainsi aux partisans de l'initiative de réforme constitutionnelle, un des griefs qui la justifiaient". L'auteur précise de suite : "Le respect que nous devons à la plus haute de nos magistratures nous interdit pareille supposition qui semble d'ailleurs contredite par les travaux d'approche que la cour suprême avait depuis 1917 entrepris vers l'évolution qui s'acheva en 1920" (*La responsabilité des pouvoirs publics devant la doctrine et la jurisprudence belges*, Paris, De Broccard, 1931, pp. 46 et 47).

412 Mais bien par le projet de déclaration relative à la révision de la Constitution déposé par le gouvernement le 10 septembre 1919. Voy. A. VALERIUS, *op. cit.*, B.J., 1921, col. 169 et 170. Et cons. sur ce point P. LEWALLE, "Les articles 160 et 161 de la Constitution relatifs au Conseil d'État et aux juridictions administratives", A.P.T., 1994, pp. 145 à 147; add. F. DELPÉRÉE, "La Constitution et le Conseil d'État", in *Liber amicorum Pr. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, p. 460 et in *Liber Memorialis 1948-1998*, Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 80. À noter que des propositions de loi ont été déposées dans ce sens dès 1832, mais concernant une section de législation. Cons. P. GOFFAUX, in *Le Conseil d'État (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, pp. 38 à 40 (des tentatives avortées).

413 M. VAUTHIER enseigne, par exemple, que les tribunaux de l'ordre judiciaire ont en réalité cédé devant les sollicitations répétées d'administrés s'efforçant d'obtenir leur intervention parce qu'une juridiction administrative supérieure n'existait pas (*op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 498, p. 666). Dans le cas contraire, on peut inférer de ce dernier propos qu'ils auraient refusé d'étendre leur compétence à des actes de l'administration en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

89. La longue marche tranquille du droit commun. Le plus important n'est toutefois pas là. Il est plutôt qu'avec l'arrêt "La Flandria", le départ est donné à une véritable "marche" du droit commun à laquelle invitent d'ailleurs P. LECLERCQ et P. DE HARVEN. Le premier lorsqu'en 1933 il relève les espèces appelées à être tranchées différemment de par le passé : "N'est-il pas à présumer que ces *conséquences logiques* se produiront quand l'occasion en sera donnée ?"⁴¹⁴ Ce qui est en vue pour le second, c'est "la soumission de ce qui reste d'autonomie étatique aux rigueurs de la loi civile"⁴¹⁵ !

La marche est *longue* car, le 5 novembre 1920, tout n'est pas rentré "dans l'ordre" du jour au lendemain. On l'a déjà vu en doctrine, mais c'est également le cas en jurisprudence. Une résistance à accepter le principe de l'arrêt s'est clairement fait sentir. Dix ans après l'arrêt "La Flandria", P.-M. ORBAN va jusqu'à prétendre que la jurisprudence concernée est de plus en plus abandonnée⁴¹⁶. Quasi au même moment, on peut lire chez un auteur français comme L. DUGUIT⁴¹⁷ qu'en Belgique, la responsabilité de l'État envers les particuliers n'est admise que dans des cas tout à fait exceptionnels. Près de trente ans plus tard, C. CAMBIER écrit que depuis 1920, "les tribunaux belges ont, dans la matière de la responsabilité des pouvoirs publics, agi avec une lenteur qui, peut-être, n'est pas celle du sage"⁴¹⁸.

Dans un premier temps, comme en doctrine, seules la *compétence* du juge judiciaire et la responsabilité de l'État sont acquises, et en toute hypothèse non la sujétion complète au droit commun. Même sous l'angle de la responsabilité, le contrôle de l'action administrative reste longtemps imprégné de la conception française de la séparation des pouvoirs⁴¹⁹. Comme au lendemain de toute révolution, certains vont jusqu'à parler d'une "journée des dupes"⁴²⁰. Avant

414 P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Pas.*, 1933, I, 228 et s., ici 229, *id.*

415 P. DE HARVEN, *op. cit.*, 1928, p. 343.

416 P.-M. ORBAN, *op. cit.*, 1931, p. 46. Plus loin, cependant, l'auteur ne cache pas sa préférence pour un système de contentieux administratif unifié, déferé tout entier à une juridiction administrative "moins rivée à la rigueur du droit" et plus réceptive à l'équité (pp. 60 et 61). Avec cette phrase étonnante si l'on connaît l'intention du Congrès national : "Plus la Belgique se rapprochera du modèle de la France, plus elle aura servi le grand idéal du Droit et de la Justice" (p. 64).

417 L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. III, 1930, § 81, p. 459.

418 C. CAMBIER, *op. cit.*, 1947, p. 533. Le mot "carence" a même été écrit, certes après avoir posé - sans y répondre - la question de savoir si les cours et tribunaux sont organisés et équipés pour assumer une protection juridique adéquate contre les abus du pouvoir. Il s'en est suivi la création du Conseil d'État. Voy. C. CAMBIER, "La puissance publique en question ou l'empire éclaté", *J.T.*, 1982, p. 214 et in *Écrits de C. Cambier*, Faculté de droit de l'U.C.L., 1984, p. 301. Add. D. LAGASSE, *op. cit.*, R.C.J.B., 2000, n° 4, p. 269. L'évolution aura été trop lente pour arrêter la création du Conseil d'État.

419 En 1935, P. LECLERCQ écrit, par exemple, qu'un recours à l'action judiciaire en réparation fondé sur la violation du droit n'est pas possible dans tous les cas où l'action administrative lèse un intérêt parce qu'elle "se manifeste à faux", sous peine de paralysie. Il appartient ainsi au législateur de déterminer quand l'acte administratif dommageable fait naître un droit à réparation, puisque le Code civil subordonne l'exercice de la propriété à l'observation des lois et règlements de police. Voire de créer une cour administrative pour réparer en équité. Quant à l'action judiciaire, elle ne peut concerner que les actes de "mauvaise foi", les "faux" car, dans ce cas, "l'acte administratif n'est pas souverain" (note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 327). Bref, les cas évidents ou manifestes d'excès ou de détournement de pouvoir. À noter cependant qu'en 1935, la Cour ira jusqu'à considérer que le droit à indemnité que possède la victime d'un quasi-délit à l'égard de l'État est un *droit naturel* (Cass., 21 mars 1935, *Pas.*, 1935, I, 194; Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 330).

420 P. DE VISSCHER, compte-rendu du premier tome des *Principes du contentieux administratif* de C. CAMBIER, *op. cit.*, 1961, in R.J.D.A., 1961, p. 157. Tel a peut-être été le cas partiellement, selon l'auteur, car

la création du Conseil d'État, M. LEROY⁴²¹ indique que seules deux voies permettent de s'opposer à l'action illicite de l'administration : le refus d'application ou l'indemnisation en application des règles ordinaires de la responsabilité civile.

Dans un second temps, le contentieux administratif belge continue à évoluer, mais lentement. La "révolution" de 1920 est une révolution "tranquille", en mouvement, c'est-à-dire en marche, vers la sujétion complète au droit commun. Aujourd'hui encore, l'arrêt trouve ainsi des implications nouvelles. Non seulement en matière de responsabilité, à propos des deux autres pouvoirs, toujours sur base du même raisonnement - ni le principe de la séparation des pouvoirs (l'indépendance des différents pouvoirs) ni aucune disposition constitutionnelle ou légale⁴²² impliquent que l'État serait d'une manière générale soustrait aux articles 1382 et 1383 du Code civil; au contraire, l'État est lié par son propre droit en vertu du principe de l'État de droit -. Mais aussi en ce qui concerne les modalités du contrôle sous tous ses aspects⁴²³, par exemple à travers le pouvoir d'injonction ou la condamnation de l'État à la réparation en nature. Toutes ces étapes font partie de ce que l'on a appelé "la longue marche tranquille du droit commun".

Le caractère progressif de toutes ces conquêtes vaut parfois aux cours et tribunaux le reproche d'une "timidité excessive"⁴²⁴ ⁴²⁵ proche de "l'automutilation"⁴²⁶.

"aussitôt calmées les velléités réformatrices qui avaient failli déposséder le pouvoir judiciaire d'une partie de ses attributions, la jurisprudence fait renaître le vieux privilège de l'administration par le biais de la catégorie des actes discrétionnaires. (...) Au déni de justice qu'impliquait l'ancienne conception de l'immunité personnelle de l'État souverain, succède ainsi un déni de justice fondé sur l'immunité matérielle reconnue à des actes administratifs qui, nonobstant leur caractère discrétionnaire, sont cependant des actes de compétence liée par les conditions de fond et de forme légalement imposées dans l'intérêt des administrés". Comp. A. MAST et P. MAROY, *op. cit.*, R.J.D.A., 1964, p. 277 : "vers 1930 l'abondante poussière soulevée par cet arrêt fut retombée".

⁴²¹ M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 60.

⁴²² Le législateur demeure en effet "libre" d'intervenir dans ces matières, puisque les dispositions concernant le droit de la responsabilité sont de nature législative.

⁴²³ Comp. en partie C. PANIER, *op. cit.*, J.L.M.B., 2000, pp. 26 et 27.

⁴²⁴ L. MOUREAU, "Le système belge du contentieux administratif d'après le droit comparé", R.A., 1935, p. 155; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, J.T., 1969, p. 190, n° 21, note 73. D'après M. VAUTHIER, la défense des administrés contre les abus de l'arbitraire de l'administration était assurée par "des moyens quelque peu indirects" (*op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 500, p. 669), "des procédés quelque peu empiriques et d'une nature fragmentaire, qui ne donnaient pas aux administrés la sécurité, résultant, pour les Français, de la continuité de l'œuvre juridique du Conseil d'État de France" (*ibidem*, n° 498, p. 666). Le reproche permet évidemment de mieux asseoir la juridiction administrative. Également dans ce sens, P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 381, p. 288 : "Le progrès est considérable. Néanmoins, après près d'un demi-siècle d'efforts jurisprudentiels, le résultat n'est pas satisfaisant. (...) d'une manière pratique, la protection juridictionnelle des individus est loin d'être entièrement assurée contre les empiètements illicites de l'administration". L'idée sous-jacente de l'exposé est énoncée en conclusion, n° 393, pp. 310 et 311. Selon l'auteur, "Il eût fallu créer un régime original de responsabilité administrative". Il regrette clairement qu'un contentieux de l'indemnité à part entière n'ait pas été attribué au Conseil d'État en vue d'appliquer des principes autres que ceux du droit civil.

⁴²⁵ Rem. Cyr CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, pp. 235 et 236, pour qui les enseignements de P. LECLERCQ n'y sont pas étrangers, en particulier dans les conclusions précédant l'arrêt "La Flandria" où l'auteur procède par voie d'exemples, montre d'un "empirisme qui tient lieu de doctrine" (p. 235). On n'y décèle aucune tentative de révision de la jurisprudence sur la question capitale de la délimitation de la légalité et de l'opportunité. Le contrôle judiciaire de la légalité s'en trouve limité à la "légalité externe" pour de nombreuses années, toujours sous l'effet de la sacro-sainte séparation des pouvoirs. Seuls la création du Conseil d'État et l'exercice d'un contrôle de ce type étaient en mesure de mener les cours et tribunaux à explorer ce terrain. À cause des "carences du pouvoir judiciaire dans l'accomplissement de ses attributions constitutionnelles" : C.

Une des manifestations les plus représentatives du contrôle encore limité après 1920, concerne l'article 107 (159) de la Constitution. Jusqu'en 1926, en effet, l'interprétation donnée à la disposition constitutionnelle par la Cour de cassation conduit à en limiter fortement la portée, et donc l'utilité. Le refus d'application n'est susceptible de viser que l'acte administratif illégal réglementaire et non individuel, c'est-à-dire des règles générales et abstraites. À nouveau, le renversement de cette jurisprudence passe par l'affirmation d'une conception belge de la séparation des pouvoirs⁴²⁷ qui dépasse, d'une certaine manière, la logique contentieuse française⁴²⁸.

90. La création du Conseil d'État. La création du Conseil d'État en 1946 a été l'occasion de régénérer l'influence française⁴²⁹, mais aussi d'approfondir le contrôle de l'action

CAMBIER, "Propos sur le Conseil d'État", in *Écrits de Cyr Cambier*, Faculté de droit U.C.L., 1984, p. 49. L'écho n'est pas différent en France où la compétence judiciaire en matière administrative est considérée comme engendrant "l'arbitraire administratif" par rareté de sanction (à craindre en cas de suppression de la juridiction administrative) : F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, J.C.P., 1964, I, 1838, n° 43.

⁴²⁶ P. GOFFAUX, in *Le Conseil d'État (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, p. 40.

⁴²⁷ Cass., 10 juin 1926, *Pas.*, 1927, I, 12, deux espèces et note T. (proc. gén. TERLINDEN, concl. conf.); R.A., 1927, p. 197 et obs. Les arrêts concernent les vicissitudes de concessions. À cette occasion, la Cour rejette délibérément l'assimilation d'une décision individuelle à de l'administration contentieuse (juger n'est pas (plus) administrer) pour renverser la primauté invoquée de la séparation des pouvoirs sur l'article 107 (159) de la Constitution. Plus récemment, voy. Cass., 21 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, 983 et concl. conf. proc. gén. Janssens de Bisthoven (les notes 11 et 12, 990, établissent la constance jurisprudentielle et doctrinale à cet égard et on peut lire dans les conclusions, toujours dans la même logique, qu' "Aucune règle spécifique et, en particulier, aucune règle constitutionnelle ne limite le droit d'invoquer l'exception d'illégalité devant les cours et tribunaux", 991), ainsi que R.C.J.B., 1990, p. 402 et note P. QUERTAINMONT, "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels", pp. 410 à 441; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1989, I, 207; Cass., 10 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1245. Add. et rem. aussi Cass., 7 novembre 1975, *Pas.*, 1976, I, 306 et R.C.J.B., 1977, p. 417, note A. VAN WELKENHUYZEN, "L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'État en matière de responsabilité de la puissance publique"; D. LAGASSE, "De l'antinomie entre les principes de la légalité et de la sécurité juridique", obs. sous civ. Bruxelles, 18 septembre 1987, et avant trav., 16 février 1988, J.T., 1988, pp. 480 à 482; P. MARTENS, "L'exception d'illégalité : entre l'injustice et le désordre", J.L.M.B., 1988, pp. 1535 à 1545 (obs.); P. LEWALLE, in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, *op. cit.*, 1997, pp. 245 à 248. Add. encore Cass., 9 janvier 1997, R.C.J.B., 2000, p. 257 et note D. LAGASSE (sp. n° 11, p. 278 où l'auteur reconnaît, avec P. LECLERCQ, qu'il faut se départir d' "une conception française du contentieux administratif qui n'est pas la nôtre".

⁴²⁸ Plus tard, en effet, à l'instar de la France, le Conseil d'État (surtout) tirera "logiquement" de l'organisation de son contentieux, soumis à des règles strictes notamment de délai, que n'est pas recevable le moyen tiré de la violation d'un acte dépourvu de portée générale et devenu définitif pour n'avoir pas été attaqué dans les délais légaux (sauf lien étroit, opération complexe, détournement de pouvoir). Voy. not. les auteurs cités à la note précédente. Les conséquences d'une telle jurisprudence sont surtout décisives en France, à supposer qu'on laisse passer le délai. En droit belge, en effet, la voie ordinaire des cours et tribunaux reste généralement ouverte, et pour longtemps. Surtout en ce qui concerne les mesures d'exécution (forcée) qui, en règle, ont des conséquences sur les droits subjectifs des particuliers. Il faut néanmoins s'interroger sur la constitutionnalité d'une telle jurisprudence devant le Conseil d'État qui, si elle se fonde sur l'existence de délais légaux, n'en réduit pas moins la portée d'une disposition constitutionnelle dont il n'est de cesse répété qu'elle ne fait aucune distinction entre les actes qu'elle vise, notamment selon qu'ils sont réglementaires ou individuels, en l'occurrence devant les cours et tribunaux. Rapp. sur ce point D. LAGASSE, *op. cit.*, R.C.J.B., 2000, n° 14 et 15, pp. 279 à 283, paru après rédaction.

⁴²⁹ En pratique, l'influence s'est surtout réalisée de juridiction spéciale à juridiction équivalente, en dépit du fait que l'organisation juridictionnelle soit très différente en Belgique et en France. Voy. à ce sujet M. VAUTHIER et L. MOUREAU, in ... *Livre jubilaire*, *op. cit.*, 1952, pp. 481 à 491, et avant eux, mais dans le sens de la prospective, R. OCKRENT, "De l'utilisation possible de la jurisprudence du Conseil d'État de France

administrative. En ce qui concerne la sujétion au droit commun, par contre, c'est à partir de ce moment, avec le traité de P. WIGNY, que les ouvrages généraux ne consacrent plus de si longs développements à l'évolution du contentieux administratif jusqu'à l'arrêt "La Flandria". Comme si on avait voulu dissimuler une perspective. Comme si l'existence du Conseil d'État était venue couper court à toute avancée supplémentaire dans cette direction.

C. CAMBIER⁴³⁰ fait figure d'exception à cet égard. Il compare l'évolution du système à "un périple dont les progrès consistent à ne s'éloigner de son point de départ que pour mieux y retourner"⁴³¹. Car certes, la création du Conseil d'État peut être interprétée comme une riposte à l'arrêt "La Flandria". Mais n'a-t-elle pas eu pour effet une réaction immédiate du pouvoir judiciaire par voie de jurisprudence ?

De même qu'un lien a pu être établi entre l'arrêt "La Flandria" et le projet d'une Haute juridiction administrative, la création d'un Conseil d'État en Belgique peut en effet être analysée comme une réaction à l'arrêt "La Flandria". En ce qui concerne l'action administrative, la volonté politique aurait été de bâillonner la justice ordinaire en la cantonnant au domaine de la responsabilité qui est celui de l'"après coup"⁴³². Une manière de répéter l'histoire, en séparant à nouveau les fonctions, comme on l'avait déjà connu sous domination française, mais aussi hollandaise⁴³³.

À cet égard, on peut lire une réflexion de M. le Comte CARTON de WIART, alors ministre d'État, qui va clairement dans ce sens en 1934. Après s'être formellement réjoui que la délimitation entre domaine judiciaire normal et contentieux administratif demeure instable dans la proposition de loi qu'il a déposée, "car cela permettra au pouvoir judiciaire de continuer les progrès qu'il a inaugurés en 1920", l'orateur ajoute de manière péremptoire : "Mais il ne peut aller à l'infini dans cette voie, pour des raisons de fond et de forme, et notamment pour des motifs politiques"⁴³⁴.

L'histoire devait pourtant démontrer le contraire. Aujourd'hui, avec le recul, on peut en effet estimer que la création du Conseil d'État a donné un nouveau souffle au pouvoir judiciaire⁴³⁵.

en Belgique, par une institution similaire. - Le contentieux de l'annulation", *R.A.*, 1937, pp. 347 à 365 et 428 à 443. À noter toutefois la conclusion de R. OCKRENT, trop forte par rapport au contenu de son étude, selon laquelle il apparaîtrait nettement que les droits administratifs français et belge "ne pourront jamais donner lieu à des jurisprudences similaires comme c'est le cas pour le droit civil, où l'unité des textes du Code Napoléon invite à l'unité de la jurisprudence" (p. 443).

⁴³⁰ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 551 et s.

⁴³¹ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 352.

⁴³² L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 169.

⁴³³ C'est-à-dire une tentative de soustraire le contentieux administratif au pouvoir judiciaire, tentative justifiée par "la méfiance dont le pouvoir judiciaire est l'objet" (Cyr CAMBIER, *op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1961, p. 158, expression confirmée par P. DE VISSCHER dans son compte-rendu des *Principes du contentieux administratif* de C. CAMBIER). L'objectif est en toute hypothèse différent d'en France où l'institution des conseils en l'an VIII était tout simplement "un préservatif contre la désaffection du sentiment national", destiné à puiser une force morale (J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, p. 23).

⁴³⁴ Propos relatés par H. de ROMÉE, compte-rendu des discussions de la troisième journée de droit administratif belge organisée à Louvain, *Annales de droit et de sciences politiques*, 1935, p. 330.

⁴³⁵ C. CAMBIER, *op. cit.*, *J.T.*, 1982, p. 214 et in *Écrits de C. Cambier*, *op. cit.*, 1984, p. 301. Add. P. TAPIE et M. LEROY, *op. cit.*, *J.T.*, 1982, p. 222, pour qui il serait facile de démontrer que l'arrêt "La Flandria"

À deux occasions, en particulier, ce dernier a fait preuve d'un esprit de grande indépendance. Il s'agit de deux moments-clés dans l'évolution du contentieux administratif belge : la création même du Conseil d'État, mais aussi l'apparition du référé administratif⁴³⁶. Les deux événements étaient particulièrement cruciaux et posaient en définitive la même question : celle du chevauchement des compétences ou de leur caractère exclusif.

Dans les deux cas, la Cour a su éviter la confusion qu'elle avait commise aux alentours de 1860. Pourtant, il était plus difficile de combiner deux contrôles - objectif et subjectif - que de veiller à permettre un seul contrôle de l'action administrative. Néanmoins, la Cour de cassation s'est inscrite dans la continuité. Elle a maintenu la différence par rapport au système français en exploitant son fondement, à savoir le texte constitutionnel et la compétence d'attribution qu'il contient en faveur du pouvoir judiciaire. Selon la Cour, seule la nature des contestations définit la compétence des cours et tribunaux ordinaires. Ce qui conduit au cumul éventuel de deux contrôles plutôt qu'à une séparation stricte entre deux contentieux.

Telle était pourtant l'intention politique en 1946, selon toute vraisemblance. Elle était peut-être même aussi de cantonner la sujétion au droit commun de la responsabilité, inconsciemment, pour ne pas devoir en transposer la logique à d'autres institutions. Mais il eût fallu réviser la Constitution pour ce faire, en particulier ses articles 144 et 145.

Officiellement, la mise en place d'un contentieux plus objectif visait donc plutôt à remédier aux lacunes du contrôle subjectif soulignées à l'époque. En effet, la réparation civile du préjudice causé par un acte administratif permettait seulement d'obtenir un résultat relatif et surtout postérieur, une fois le mal accompli, sur réaction du particulier au cas par cas. L'annulation de la norme, en revanche, permet au Conseil d'État de remédier une fois pour toutes à l'illégalité, avec effet *erga omnes*. L'avantage n'est pas négligeable. Il était toutefois imaginable au sein même du pouvoir judiciaire⁴³⁷.

91. L'évolution du contrôle. Consécutivement à la création du Conseil d'État, l'évolution a porté sur les modalités d'un contrôle qui se perfectionne peu à peu, non sans une certaine concurrence entre pouvoir judiciaire et Conseil d'État.

Ainsi, des pouvoirs supplémentaires sont progressivement reconnus au Conseil. En trois étapes - 1989, 1991 et 1993 -, la loi investit la Haute juridiction du pouvoir de suspendre l'exécution d'un acte administratif. En 1990, elle est autorisée à prononcer des astreintes pour forcer au respect des arrêts qu'elle prononce.

Le pouvoir judiciaire connaît les mêmes progrès avec un peu d'avance. L'astreinte apparaît en 1980. Quant au référé, il connaît un essor considérable en jurisprudence dans les années 1980.

n'a porté tous ses fruits qu'après la création du Conseil d'État, "comme si le pouvoir judiciaire s'en était trouvé à la fois stimulé et enhardi". Selon les auteurs, toutefois, la juridiction spécialisée aurait contribué à clarifier des notions quelque peu confondues dans les pratiques traditionnelles de l'administration.

⁴³⁶ Le pouvoir de suspendre l'exécution des actes administratifs.

⁴³⁷ Voy. *supra*, n° 32, note 98.

En France, le Conseil d'État a connu des réformes comparables⁴³⁸, malgré qu'il y exerce une compétence exclusive en matière administrative. Elles ne vont pas toujours aussi loin qu'en Belgique, par exemple en ce qui concerne la suspension⁴³⁹.

Dans l'ensemble, l'évolution des modalités permet un contrôle plus efficace de l'action administrative, notamment parce qu'il permet d'intervenir de manière préventive, c'est-à-dire *a priori*.

En toute logique, l'évolution commandait toutefois de commencer par la responsabilité des pouvoirs publics⁴⁴⁰. Des évolutions ultérieures, comme le référé judiciaire et le pouvoir d'injonction du juge en matière administrative, lui ont d'ailleurs été imputées, alors qu'elles pouvaient être fondées sur le Code judiciaire. Elles l'ont été sur l'idée de réparation, c'est-à-dire sur les différentes manières de réparer un préjudice qui implique aussi de pouvoir l'éviter.

Pour finir, une dernière évolution doit encore être mentionnée. Il s'agit de la création de la Cour d'arbitrage en 1983. Le rôle de la Cour constitutionnelle est désormais majeur, surtout dans la longue marche du droit commun. Il s'inscrit en effet vers moins de différence entre les disciplines⁴⁴¹, spécialement en droit belge, à travers les principes d'égalité et de non-discrimination⁴⁴².

En somme, ces quelques repères permettent au lecteur de mesurer l'importance des (r)évolutions acquises. Il convient de les garder à l'esprit tout au long des développements ultérieurs. À ce stade, le fait que la différence du droit belge par rapport au droit français ait mis du temps à émerger a concrètement eu des conséquences directes sur l'étude des privilèges. On

⁴³⁸ Rem. M. FROMONT, "Évolution comparée des recours en annulation en France et en Belgique", in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, op. cit., 1999, pp. 15 à 30. À noter que l'auteur fait état d'abord d'une réception tardive du système français classique par la Belgique de 1870 à 1950, ensuite d'une évolution parallèle vers un modèle commun à toute l'Europe.

⁴³⁹ On rencontre un phénomène comparable à propos du contrôle de constitutionnalité des lois. Certes, le Conseil constitutionnel français participe de la Constitution de 1958 et son contrôle a connu un essor à partir de la réforme constitutionnelle de 1974, soit bien avant la création de la Cour d'arbitrage en Belgique. Mais les modalités d'exercice d'un contrôle *a priori* et réservé à certaines autorités en réduisent fortement la portée.

⁴⁴⁰ L'idée était en quelque sorte que "puisque visiblement on ne pouvait empêcher les abus, qu'au moins on en répare le dommage" (H. BUCH, op. cit., J.T., 1970, p. 741). M. VAUTHIER l'avait apparemment compris lorsqu'il écrit timidement, tout en évitant de répondre à la question qu'il soulève parce qu'elle est "infiniment vaste", que "Tout le problème de la responsabilité de l'administration se ramène, en somme, à la question de savoir si telle ou telle relation dans laquelle l'administration est engagée, doit ou non être soumise à l'empire des règles du droit privé (modifié toutefois dans une certaine mesure par les modalités inhérentes à la vie administrative elle-même)" (X, à propos de la "Personnalité civile", R.A., 1920, p. 425). Seule la question de la responsabilité est toutefois abordée à ce stade.

⁴⁴¹ Il en va de même de certains principes contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, tel l'égalité des armes, et ce quel que soit le type de procédure, pourvu que soient en jeu des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, ce qui concerne des matières qui appartiennent par nature au droit administratif dans le système français. Voy. sur ce point et sur les difficultés du droit administratif français à cet égard, S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 359 et s.

⁴⁴² En droit français, par contre, le Conseil constitutionnel a consacré la spécialité du droit administratif notamment à travers la décision exécutoire et le principe général de valeur constitutionnelle de la continuité du service public (voy. *supra*, n° 76).

les passe rapidement en revue (b) avant d'évaluer la portée de la différence sur les privilèges (II).

b. Conséquences

92. Une documentation lacunaire. Sur le plan documentaire, pour commencer, il est évident que l'évolution du système administratif belge a eu des conséquences pratiques décisives.

De 1830 à 1920, d'abord, les sources sont peu nombreuses⁴⁴³, surtout en jurisprudence⁴⁴⁴. La cause en est l'absence de contrôle de l'action administrative. Il ne faut donc pas s'en étonner. Mais, sans cette clé de lecture, il faut reconnaître que le phénomène est incompréhensible.

Ensuite, la lente progression du contentieux commande de prêter une attention toute particulière à la datation des sources utilisées et à leur mise en contexte⁴⁴⁵. L'occasion sera donnée de s'en rendre compte au chapitre 2, au moment de retracer l'histoire des privilèges.

Enfin, la localisation de la jurisprudence dans les revues juridiques est largement tributaire de l'évolution. Avant 1920, par exemple, il est inutile d'espérer trouver une jurisprudence digne d'intérêt autre part que sous les mots-clés "compétence" ou "séparation des pouvoirs", sauf peut-être lorsqu'elle est classée selon les matières. Un tel classement n'est toutefois pas d'une grande aide pour une recherche consacrée à des notions fondamentales qui traversent l'ensemble des matières administratives. Avec le recul, il est cependant logique qu'aucun mot-clé n'ait été consacré aux privilèges à l'époque, puisqu'ils n'avaient pas encore trouvé une formulation "définitive"⁴⁴⁶.

Le phénomène est plus curieux par la suite, mais il est toujours d'actualité. Les privilèges ne bénéficient toujours pas d'un mot-clé personnalisé à l'heure actuelle⁴⁴⁷. Pourtant, leur réception

⁴⁴³ Il serait légitime de croire que la jurisprudence relative aux privilèges est inexistante durant la période considérée et de se limiter par conséquent à dénoncer la privation de recours dans le chef du particulier confronté à l'action administrative. La réalité est toutefois plus nuancée. Une discussion peut avoir été ouverte à propos de l'exécution administrative, malgré un nombre très limité d'occasions et même si le débat a dû être cantonné à un problème de compétence. Le juge a par exemple pu déclarer que son concours n'est pas nécessaire pour l'exécution forcée d'une obligation administrative. Dans ces conditions, il semble préférable de conclure tout au plus à la rareté de la jurisprudence recherchée à l'époque. Avec ce double paradoxe, néanmoins, que cette jurisprudence est relative à un privilège qui emporte la dispense de s'adresser au juge, à un moment où le pouvoir judiciaire était décidé à se déclarer incompétent.

⁴⁴⁴ Sous influence française, une formulation légale ou doctrinale des privilèges ne peut pas être exclue dès cette période.

⁴⁴⁵ Voy. *supra*, n° 23, l'exemple fourni par M. SOMERHAUSEN d'une analyse faussée pour des raisons liées à la critique historique.

⁴⁴⁶ Même les éléments intrinsèques qui composeront plus tard les privilèges connaissent des développements séparés et rarement répertoriés. En réalité, le caractère composite des privilèges actuels - établi au chapitre 2 - explique peut-être l'absence de mots-clés y consacrés. Les efforts des juges se sont vraisemblablement portés sur le développement d'autres concepts, sous l'influence des revues, en ce compris les revues officielles.

⁴⁴⁷ Ni dans le Répertoire ni dans le Recueil des avis et arrêts du Conseil d'État. H. BUCH fait le même

peut être affirmée en doctrine et parfois même en jurisprudence.

L'absence d'un tel mot-clé a posé de grosses difficultés pour la recherche, au-delà desquelles il faut surtout retenir l'importance des mots-clés dans le développement des notions juridiques. Il est en effet vraisemblable que le décalage enregistré à l'heure actuelle entre les privilèges et la réalité y trouve en partie son explication.

93. Une évolution paradoxale. Sur le plan conceptuel, la lente évolution du système permet de mieux comprendre la double réception du droit français, de même que la démarche poursuivie.

Avant 1920, les auteurs avaient mieux à faire que de développer une théorie des privilèges spécifique au droit belge. À l'époque, ils étaient davantage préoccupés par l'immunité de juridiction dont les autorités publiques bénéficiaient en ce qui concerne l'activité publique de l'État⁴⁴⁸. Or, les privilèges relèvent par définition de ce secteur d'activités⁴⁴⁹. Il ne faut donc pas s'étonner s'ils ont connu si peu d'intérêt en doctrine durant de nombreuses années. Y compris à partir de 1920⁴⁵⁰, car le contrôle a mis du temps à être approfondi. Durant cette période, la référence au droit français était à la limite plutôt favorable aux administrés (en théorie), car une formulation autonome aurait conduit à plus absolu encore. En bref, il fallait d'abord imposer la compétence judiciaire en matière administrative, avant d'espérer une théorie belge des privilèges.

constat à propos de la règle de droit en matière de droit administratif, dont il recherche le sens (*op. cit.*, J.T., 1970, p. 741). Hormis les banques de données informatisées, les deux seuls mots-clés relevés à ce jour, consacrés aux privilèges, figurent respectivement dans la revue *Droit communal*, 1994, p. 173 (privilège de l'exécution d'office) et dans la revue *L'Entreprise et le droit*, 1995, p. 92 (privilèges du préalable et de l'exécution d'office, traduits par "voorzichten van de dwingende en uitvoerbare kracht"), dans les deux cas à l'occasion de la recension de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994 déjà cité. Rem. en rang subsidiaire le privilège de l'exécution d'office in C.E., s.a. Publicité Gilquin, n° 32.754, 14 juin 1989, R.A.C.E., 1989, sp; R.R.D., 1989, p. 388 et note P. NIHOUL, "Les règlements communaux en matière de publicité et d'affichage", pp. 395 à 406; R.A.J.B., 1989, pp. 50 et 51; Amén., 1990, p. 23; le privilège du préalable (malgré qu'il ne figure pas dans l'arrêt ou seulement dans les concl. conf. av. gén. M. LECLERCQ) in Cass., 7 décembre 1998, Bull., 1998, 1183. Sur le système conceptuel du juge administratif français, voy. l'analyse de T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, pp. 297 et s.

⁴⁴⁸ Parmi ces activités, on peut mentionner jusqu'à l'établissement et la poursuite du recouvrement de l'impôt. Elles sont citées dans les études et conclusions consacrées à la responsabilité de l'administration, généralement avec une abondante jurisprudence à l'appui.

⁴⁴⁹ Cela même si, en droit belge, les privilèges sont en réalité postérieurs à la distinction de deux personnes dans l'État. Néanmoins, en termes absolus, les deux privilèges trouvent un champ d'application privilégié dans l'action autoritaire et unilatérale de l'administration, liée à la puissance publique. Ils relèvent donc de la gestion publique de l'État. Or, le contrôle était inexistant sur ce secteur d'activités. L'usage des privilèges par l'administration a donc échappé durant presque cent ans à tout contrôle judiciaire ! Toute réaction privée contre les abus liés aux privilèges, en particulier, était empêchée en vertu du dogme de la séparation des pouvoirs. L'administration en tirait un pouvoir de fait quasi absolu.

⁴⁵⁰ 1920 est donc seulement une année charnière. La deuxième réception de la théorie française liée aux privilèges est plutôt consécutive à la création du Conseil d'État. Et contrairement à ce qu'une représentation linéaire de l'histoire pourrait laisser penser, l'arrêt du 5 novembre 1920 permet aujourd'hui d'oser contredire cette conception et de tenter son adaptation à la réalité du droit belge, plus respectueuse du droit commun.

Avec le recul, la deuxième réception est davantage paradoxale que la première. Son motif d'excuse, surtout, paraît nettement moins suffisant. Certes, la création d'un Conseil d'État devait conduire à un nouvel engouement pour le droit français. Mais il est tout de même étonnant que la transposition en doctrine⁴⁵¹ ait eu lieu à un moment où la différence essentielle par rapport au droit français était déjà imposée sur le plan des principes⁴⁵².

En son temps, le paradoxe n'a pas manqué d'être souligné. En témoigne avec force cette recension anonyme mais perspicace du précis d'A. BUTTGENBACH, dont on a tiré l'extrait suivant :

"Au lendemain de la première guerre mondiale, notre cour suprême était critiquée pour avoir subi l'influence des doctrines françaises de droit administratif. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, on lui reproche de rester rebelle aux enseignements du droit administratif français.

Il y a trente ans, l'ouvrage de WODON amena un revirement de la jurisprudence de la cour de cassation. Le magistral traité de BUTTGENBACH aura peut-être aussi des répercussions profondes"⁴⁵³ ...

À considérer l'évolution sous cet angle, tout semble permis aux auteurs et aux juges. Ils ne semblent pas tenus par la Constitution. Entre WODON et BUTTGENBACH, en effet, aucune révision constitutionnelle n'a porté atteinte aux principes de l'arrêt "La Flandria". Pourtant, la transition semble permise entre deux systèmes différents, sur base de seules considérations doctrinales.

Bref, si l'histoire du système et des privilèges peut être expliquée, il ne semble pas qu'elle puisse être justifiée. Il reste, quoi que l'on fasse, un irréductible paradoxe. Car, dès 1831, les

⁴⁵¹ Aux dernières nouvelles, en effet, les privilèges n'ont pas encore été abordés par la Cour de cassation ou le Conseil d'État à l'époque. Il s'agit au demeurant de la transposition la plus substantielle des privilèges, comme il apparaîtra ultérieurement, alors qu'en France, ironie du sort, les privilèges étaient en crise à ce moment précis.

⁴⁵² D'autant que les textes légaux et les ouvrages sont devenus belges, entre-temps. Mais avec quel degré d'originalité ?

⁴⁵³ X, in *op. cit.*, R.C., 1953, pp. 55 et 56. Rem. A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 33, p. 35, selon qui le droit administratif belge n'aurait (pourant) pas été bâti (jusque là) sur la notion de service public. L'évolution indique en effet la prédominance de la puissance publique. En réalité, les doctrines françaises ont évolué dans l'intervalle. Le paradoxe porte donc sur le retour à l'influence française, et non sur son contenu.

auteurs⁴⁵⁴ et les juges⁴⁵⁵ avaient dans leurs mains les armes nécessaires⁴⁵⁶ pour imposer la spécificité belge par rapport au droit français.

II. La portée de la différence

94. Une conception spécifique des privilèges. Le choix a été fait, dans les lignes qui suivent, de tirer les leçons de l'histoire. À défaut de pouvoir la réécrire, il était nécessaire de la relire, avant d'en tirer les enseignements pour l'avenir.

Le principal enseignement est à l'évidence la sujétion de principe de l'administration au droit commun, à l'opposé de ce que l'on connaît en droit français. Or, comme les privilèges ont été importés du droit français en doctrine belge, il est vraisemblable qu'ils aient été conçus de manière autonome, sans tenir compte de cette sujétion. Le cas échéant, le temps de la différence semble venu pour les privilèges. D'autant que le moment paraît opportun. Il semble en effet que les mentalités soient prêtes pour une avancée supplémentaire du droit commun en matière administrative. Elles y ont été préparées par la Cour d'arbitrage, avec son contrôle d'égalité aujourd'hui très étendu. Grâce à ce contrôle, le réflexe du droit commun⁴⁵⁷ est en effet désormais acquis dans les milieux juridiques belges.

Une méthode rigoureuse requiert toutefois de ne pas brûler les étapes avant d'entamer la substance des privilèges. Pour l'heure, l'étude de la portée de la différence sur les privilèges est donc limitée aux principes, c'est-à-dire aux prémisses de l'analyse qui sera faite au chapitre 2.

Deux vices sont en effet prévisibles dans la définition actuelle des privilèges en doctrine. Le premier est d'ordre structurel (A). Il est lié à la différence objective dégagée entre les droits belge et français. Le second, quant à lui, est d'ordre conceptuel (B). Il se rapporte à la notion même de privilège.

⁴⁵⁴ Le rôle de la doctrine n'a pas été négligeable dans la persistance de "l'ancien régime". Certes, ce sont les juges qui appliquent la loi (lorsqu'ils ne sont pas eux-mêmes des auteurs). Mais ils s'inspirent pour ce faire de ce qui leur est enseigné. Les auteurs ont donc une part importante de responsabilité dans l'évolution du droit. Également lorsque le droit n'évolue pas.

⁴⁵⁵ Directement liée à la responsabilité du juge, celle des plaideurs doit également être mentionnée. Leur imagination et leur dynamisme, mais aussi leur intégrité morale et intellectuelle, déterminent souvent la réalité du droit, et sans doute plus qu'ils n'en ont conscience. Il ne faudrait pas non plus oublier la responsabilité du législateur et des gouvernements. Surtout lorsqu'au lendemain de l'indépendance, ils ont laissé les juges dans un maquis légal et réglementaire dont ils ont tardé la réforme.

⁴⁵⁶ À noter cependant l'obstacle financier au progrès qui semble avoir traversé les époques. En 1929, déjà, P. LECLERCQ indiquait que le budget du ministère des sciences et des arts était de 50 p.c. plus élevé que la dotation du ministère de la justice. Le haut magistrat émettait surtout des doutes quant à l'indépendance réelle du pouvoir judiciaire pourtant voulue par les Constituants qui, de son avis, auraient été "ahuris" une centaine d'années plus tard. Pour conclure l'auteur évoque la réflexion suivante d'un justiciable imaginaire, avec la verve d'antan : "Je vois ce qui en est; moi, ce dont je me préoccupe avant tout, c'est d'une bonne justice; on cherche à me donner de la bonne musique" (P. LECLERCQ, *op. cit.*, B.J., 1929, col. 191 et 192).

⁴⁵⁷ Il s'agit d'un réflexe conduisant à la comparaison avec le droit commun, pour être plus précis. Il est analysé sous le titre II, *infra*, n° 588 et s.

Or, il peut être remédié aux deux vices à partir du même remède, à savoir la réhabilitation du droit commun au sein même de la définition des privilèges. Ce remède est proposé en vue d'une conception spécifique des privilèges en droit belge. Il est introduit dès l'exposé du vice structurel.

A. Le vice structurel des privilèges

95. Le lien entre privilèges, juridiction et droit. Les privilèges sont intimement liés aux rapports entre l'administration et l'autorité judiciaire⁴⁵⁸. En effet, ils se rapportent notamment à la mise en œuvre de la force publique pour l'exécution des actes administratifs. Ils posent, en particulier, la question de savoir si cette mise en œuvre emporte l'intervention de différents pouvoirs ou si le pouvoir exécutif peut la décider seul dans certains cas. Certes, en droit commun, c'est le pouvoir judiciaire qui autorise le recours à la force publique et le pouvoir exécutif qui la concrétise. Mais l'autorisation du juge est-elle encore requise en droit administratif ? Et si elle l'est, incombera-t-elle au juge administratif, et à quelles conditions ?

On le perçoit d'emblée : la question posée n'est pas éloignée de celle liée à la responsabilité de l'administration. Elle est du même ordre. Le lien entre juridiction et droit, en particulier, est à nouveau au centre du débat. La compétence du juge est liée à la nature du droit applicable.

Or, à cet égard, l'histoire a déjà révélé l'émergence lente mais certaine de la spécificité belge par rapport au droit français. Aujourd'hui, il convient simplement de l'étendre aux privilèges étudiés.

En effet, " (...) le problème que j'étudie est un problème de droit belge"⁴⁵⁹, écrivait L. WODON au moment d'aborder la question de la responsabilité peu avant l'arrêt "La Flandria". "Pour ne l'avoir pas compris, notre jurisprudence s'est parfois égarée, en invoquant des textes et des principes depuis longtemps périmés chez nous"⁴⁶⁰. Aujourd'hui, il ne faudrait pas commettre la même erreur avec les privilèges. Certes, l'ampleur des bouleversements à intervenir semble démesurée *a priori*. Mais n'avait-on pas le même sentiment en 1920 ?⁴⁶¹

⁴⁵⁸ L. CAVARÉ le souligne expressément en ce qui concerne les privilèges in *Les recours de l'administration devant le juge*, Montauban, Prunet, 1920, pp. 2 et 3. Pour l'auteur, l'autonomie de l'administration par rapport au pouvoir judiciaire explique les prérogatives nombreuses dont elle jouit, en particulier la "procédure par décision exécutoire". *Add.* pp. 196 et 197, ainsi que F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 84. En ce qui concerne l'idée plus générale de la puissance publique, voy. F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, pp. 125 à 131; ce serait également le cas de la conception particulière de l'État au dix-neuvième siècle (une personne souveraine) et de la centralisation administrative.

⁴⁵⁹ L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 82.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 12. L'auteur évoque plus qu'une différence de régime lorsqu'il écrit juste avant : " (...) malgré les affinités que présente notre droit public avec le droit public français, (...) on verra que sur ce point particulier des rapports entre la justice et l'administration, la Constitution belge de 1831 a très positivement rompu avec les tendances auxquelles obéissaient l'assemblée constituante et, plus généralement, le législateur révolutionnaire aux diverses périodes de la révolution".

⁴⁶¹ La situation était pire en 1920 car on passait alors de l'impunité à la responsabilité, et non d'une responsabilité administrative à une responsabilité civile.

96. Le lien entre privilèges et pouvoir judiciaire. Si l'on en croit l'analyse effectuée au sujet de la responsabilité de l'administration, le vice structurel des privilèges actuels devrait d'abord tenir à la juridiction compétente pour se prononcer à leur égard. La question est importante, car le juge dont question ne se limite pas toujours à appliquer des règles écrites en vigueur. En droit français, surtout, l'opération de juger en matière administrative est souvent l'occasion de théories normatives dont il faut s'attendre, en ce qui concerne les privilèges, à ce qu'elles soient formulées par le Tribunal des conflits ou par le Conseil d'État, au moyen d'arrêts de principe.

La question est plus délicate en droit belge où les contrôles du pouvoir judiciaire et du Conseil d'État peuvent se juxtaposer, et où l'autonomie des juges est moins nette. Dans la mesure où la matière concernée est liée à l'exécution forcée, toutefois, la compétence du pouvoir judiciaire devrait s'imposer, même si ce n'est pas toujours de manière exclusive. Par définition, en effet, l'exécution forcée est de nature à porter atteinte aux droits civils des personnes exécutées. Il faut donc s'attendre à ce que la Cour de cassation, en droit belge, ait abordé les principes.

Deux éléments confirment l'assertion. Avant 1946, d'abord, la Cour de cassation était la seule juridiction susceptible de se prononcer à cet égard, puisque le Conseil d'État n'existait pas encore. Depuis lors, ensuite, la prévention et la réparation concrète du recours illégal aux privilèges paraissent au moins autant, si pas plus efficaces, devant le pouvoir judiciaire que devant le Conseil d'État. Tel était sûrement le cas jusqu'au moment où le Conseil d'État a été autorisé à prononcer d'abord la suspension de l'exécution des actes administratifs, ensuite des astreintes. Depuis lors, c'est encore le cas lorsque l'excès de pouvoir commis au moment de recourir aux privilèges n'est pas précédé d'une décision; c'est-à-dire lorsqu'il consiste dans de simples agissements matériels. En présence d'une décision, par contre, la théorie de l'objet véritable du recours n'empêche pas la coexistence de recours devant les deux ordres de juridictions. Le cas échéant, la formulation d'une théorie est également possible par la juridiction administrative.

En somme, le déplacement d'une grande partie du contentieux administratif du juge administratif français vers le pouvoir judiciaire en Belgique⁴⁶² a certainement entraîné avec lui une conception et une formulation des privilèges⁴⁶³ à partir de sensibilités différentes. D'autant

⁴⁶² M. VAUTHIER évoque "un édifice de jurisprudence élevé par les cours et tribunaux, qui couvrirait une bonne partie du domaine réservé, en France, à la juridiction administrative" (*op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 498, p. 666), et M.-A. FLAMME la compétence très générale des tribunaux judiciaires qui s'étend à une grande partie des litiges auxquels l'administration est partie, alors qu'en France le Conseil d'État a une compétence étendue (*op. cit.*, T. I, 1989, n° 25, pp. 72 et 73). Quant à J. LEJEUNE, il reconnaissait dès 1857 qu' "Heureusement il est peu d'illégalités administratives susceptibles d'être commises sans que les tribunaux puissent en arrêter l'exécution ou tout au moins en réparer les conséquences" (*op. cit.*, 1857, p. 152), avec les réserves d'usage concernant le sursis à exécution à l'époque limité à l'hypothèse où l'administration demande au juge d'ordonner l'exécution d'une obligation administrative.

⁴⁶³ L'évocation des "limites respectives des prérogatives de puissance publique et des droits des individus se trouvant en conflit" parmi les "droits administratifs" dont une juridiction administrative de droit commun devrait être investie relativement à l'administration belge, du moins selon ses défenseurs, devrait suffire à convaincre du déplacement. Voy. dans ce sens C. GOOSSENS, *op. cit.*, Ann. fac. dr. Liège, 1960, pp. 276 et 277, et note 192. Sont compris parmi ces droits ceux que le citoyen pourrait faire valoir lorsque l'administration recourt à l'utilisation d'une prérogative ou d'un privilège revenant légalement à la puissance publique. Ces droits sont en effet généralement assortis de garanties à leur égard. L'auteur fait partie de cette génération sous nouvelle

que dans un système de droit commun, la plus grande part dans cette tâche revient davantage encore au législateur⁴⁶⁴.

Compte tenu de l'état actuel du droit administratif belge, néanmoins, s'il fallait constater le défaut d'une jurisprudence comparable à celle que l'on connaît en France, il faudrait déplorer la réception du droit français en ce qui concerne les privilèges. Car sans jurisprudence et sans textes, comment justifier la vigueur de principes français en droit belge ?

97. Le lien entre privilèges et séparation des pouvoirs (suite). Qui dit rapports entre l'administration et l'autorité judiciaire - notamment en matière d'exécution forcée avec les privilèges - dit séparation des pouvoirs. Le lien des privilèges avec le principe est d'ailleurs parfois explicite en doctrine. P. WIGNY aborde les privilèges de la personne publique au titre d'un "régime spécial" justifié par le principe de la séparation des pouvoirs⁴⁶⁵. Avant lui, des auteurs comme M. CAPART⁴⁶⁶ ou P. ERRERA⁴⁶⁷ évoquent les privilèges au moment d'aborder les rapports entre l'administration et la justice ou la responsabilité de l'administration.

À ce stade, on sait que le principe de la séparation des pouvoirs a régulièrement empêché le droit commun de progresser en droit public. Cela a d'abord été le cas en matière de responsabilité⁴⁶⁸,

influence française qui soulève la polémique des droits administratifs dont le véritable enjeu, à l'estime de C. CAMBIER, est d'ouvrir plus largement le champ des juridictions étrangères aux cours et tribunaux (*op. cit.*, T. I, 1961, pp. 322 à 335). Tel n'est pas l'état du droit positif. La perspective inverse doit être retenue : "le droit devient civil par ce qu'il trouve sa consécration dans ou à partir d'une norme inscrite dans le Code civil ou dans les lois qui le complètent" (*ibidem*, p. 335 et "Un conflit d'attributions", *J.T.*, 1959, p. 56). Ne sont politiques que les droits que le législateur établit "par des dispositions étrangères à celles d'après lesquelles les rapports des particuliers entre eux sont fixés"; pas ceux "qui se greffent sur l'exercice de prérogatives touchant à des intérêts déjà consacrés dans le chef d'une personne par le Code civil, avant que la puissance publique n'en fasse l'objet dans ses polices ou dans ses services" (*ibidem*, p. 336). Pour J. LEJEUNE, retraçant la constance des concepts depuis 1791, ces mots appartenaient à l'histoire lorsque le Congrès national les a introduits dans la Constitution belge. Et "quand nous en lisons la signification dans les actes du législateur français, dans les livres des publicistes français, ces mots deviennent une protestation contre la théorie qui voudrait en borner l'application aux droits individuels sanctionnés par les lois d'intérêt privé" (*op. cit.*, 1857, pp. 76 à 93, ici p. 90). Le droit de l'exécution touche de toute évidence aux droits civils puisque la loi consacre des facultés et des besoins inhérents à l'intérêt privé sans qu'aucune loi ne soit venue créer ni soustraire de la compétence des cours et tribunaux des droits liés aux nécessités de l'intérêt général. Comp. *ibidem*, p. 118.

⁴⁶⁴ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. II, 1964, p. 26.

⁴⁶⁵ P. WIGNY, *op. cit.*, 1^{re} éd., 1947, n° 65, p. 83. L'auteur y voit aussi - semble-t-il pour des raisons de plan - un moyen de protéger l'administration contre les particuliers (p. 75, sn), c'est-à-dire, pour la personne publique, d'imposer sa décision aux particuliers (n° 66, pp. 85 à 87).

⁴⁶⁶ M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 244, p. 347 (troisième partie : des rapports entre l'administration et la justice; titre septième : de la responsabilité de l'administration).

⁴⁶⁷ P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, § 180, p. 278 (première partie : droit constitutionnel, titre IV : l'organisation de l'État. Les pouvoirs centraux, chapitre VI : les rapports entre la justice et l'administration, section V : la responsabilité de l'État, § 180 : une limite à sa responsabilité).

⁴⁶⁸ Le titre d'une étude anonyme, comparable à une chronique, apparemment écrite par BECKERS, est révélatrice à cet égard : "De la responsabilité civile de l'État, des administrations publiques et des fonctionnaires dans ses rapports avec le principe de la séparation des pouvoirs", *R.A.*, 1879, pp. 137 à 169. Du même auteur : "De la responsabilité civile des administrations publiques et des fonctionnaires", *R.A.*, 1900, pp. 93 à 123. Dans le même sens : R. MARCQ, *op. cit.*, 1911, n° 7, p. 8. Cons. égal. *R.A.*, 1906, pp. 245 à 264, surtout 260 à 264; 1908, pp. 133 à 143; 1911, pp. 341 à 349; 1912, pp. 193 à 204 et 241 à 246; 1919, pp. 13 à 16; ainsi que 1920, pp. 101 à 106 et 421 à 426.

mais à l'époque surtout parce que le pouvoir judiciaire avait estimé que l'administration ne pouvait pas être mise au greffe. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas. Mais il reste tout de même à vérifier si le même principe empêche ou non la déclinaison des privilèges sur les tables du droit commun. Or, au vu de ce qui précède, il est légitime de le penser.

L'obstacle n'est peut-être pas explicite, car le principe n'est pas nécessairement invoqué en jurisprudence, ou peut-être ne l'est-il pas toujours. Mais il est alors implicite, dans la mesure où les modalités du contrôle de l'activité administrative interfèrent directement avec l'exécution et donc avec la force exécutoire des actes administratifs⁴⁶⁹. C'est ce qui justifie qu'on les étudie en qualité de vice structurel lié à la juridiction.

L'influence des modalités de contrôle sur la force exécutoire de l'acte administratif est manifeste si l'on songe au pouvoir de suspension. Son apparition a nécessairement eu des conséquences sur les privilèges. Mais c'est également le cas de la plupart des progrès réalisés en matière de contrôle⁴⁷⁰. Ils ont été mentionnés ci-dessus, au moment de retracer l'évolution du système belge. On pense, par exemple, à la sanction du refus d'application étendue aux mesures individuelles en 1926, ou même à la saisissabilité partielle des biens de l'État. Sans eux, l'usage abusif des privilèges ne peut pas être efficacement sanctionné.

Sans le référé⁴⁷¹ et la suspension, en particulier, il ne peut pas être remédié aux abus, car l'annulation⁴⁷² comme la réparation interviennent toujours trop tard, ou de manière inappropriée. Ce sont donc principalement eux qui, aujourd'hui, ont imposé une nouvelle définition des privilèges. Ils ont fait des privilèges des notions dépassées, que ce soit en doctrine belge comme en doctrine française; on l'a déjà constaté en introduction⁴⁷³. Le vice structurel est donc cette fois commun aux deux ordres juridiques.

En droit français, néanmoins, le principe de la séparation des pouvoirs est théoriquement sauf⁴⁷⁴. En effet, la juridiction administrative émane de cette séparation du point de vue historique. Le perfectionnement des modalités de son intervention ne change donc rien au

⁴⁶⁹ Comp. *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte exécutoire", col. 540, n° 39.

⁴⁷⁰ Tel est même le cas d'autres progrès réalisés à l'égard d'autres privilèges, par exemple en matière de prescription. Ainsi, toute efficacité supplémentaire apportée au contrôle de l'administration peut conduire à amenuiser les privilèges étudiés.

⁴⁷¹ En Belgique, le référé judiciaire a compensé un moment la privation d'un recours comparable devant le Conseil d'État. Mais il était lui-même considéré comme une voie d'exception avant les années 1970 et surtout 1980 en matière administrative.

⁴⁷² Malgré son caractère rétroactif.

⁴⁷³ Voy. *supra*, n° 2.

⁴⁷⁴ Cela même s'il s'avérait, comme le soutient P. DELVOLVÉ, que la loi des 16-24 août 1790 n'avait pas voulu interdire aux tribunaux de juger l'administration, mais seulement de faire œuvre d'administration en se substituant à elle. La séparation mal interprétée, en effet, "l'absence de juge a suscité un nouveau juge" et "la jurisprudence administrative a créé le droit administratif à la place de la loi" (*in Mélanges René Chapus*, op. cit., 1992, ici n° 12, p. 141 et n° 15, p. 144). Mais l'essentiel est que "le pouvoir administratif n'échappe pas au contrôle d'un juge et que le juge échappe au pouvoir administratif" (*ibidem*, n° 16, p. 145). Rem. C. CAMBIER, *in Écrits de Cyr Cambier*, op. cit., 1984, p. 48 : l'auteur identifie l'origine de la compétence d'annulation dans le contrôle de légalité exercé par l'autorité hiérarchique en France.

principe. Il vise en effet l'indépendance réciproque des pouvoirs exécutif et judiciaire, sans contre-pouvoirs⁴⁷⁵.

En droit belge, par contre, l'évolution est plus significative dans la mesure où le pouvoir judiciaire intervient également en matière administrative et où le Conseil d'État n'a pas la même réputation de dépendre autant du pouvoir exécutif. L'évolution est donc davantage perçue comme une atteinte à la séparation des pouvoirs, telle que conçue en droit français. À moins de concevoir le principe sur un autre mode, en l'occurrence celui de l'interdépendance et du contre-pouvoir⁴⁷⁶. Le cas échéant, le principe s'en trouve renforcé.

98. Le lien entre privilèges et droit commun. Pour en revenir à la logique de ce que l'on connaît en matière de responsabilité, le vice structurel des privilèges actuels, après s'être porté sur la juridiction et les modalités de contrôle, devrait ensuite se manifester dans les règles matérielles concernées. Il s'agit vraisemblablement de règles autonomes et jurisprudentielles en droit français. Ces règles sont toutefois difficiles à transposer en droit belge, du moins sans un texte légal exprès allant dans ce sens.

Il faut en effet aller plus loin au stade des règles matérielles et dénoncer l'insuffisance d'une simple jurisprudence pour imposer des règles françaises en droit belge. Il s'agit d'une conséquence directe de la sujétion de principe de l'administration au droit commun. Une dérogation au droit commun régissant la matière concernée par les privilèges ne peut intervenir que par le biais d'une norme équivalente ou supérieure dans la hiérarchie des normes. Une simple jurisprudence⁴⁷⁷ ne suffirait donc pas en matière d'exécution forcée, puisque la matière est régie par la loi en droit privé.

⁴⁷⁵ Comp. toutefois R. JACQUELIN, op. cit., 1899, pp. 13 à 20. L'auteur souligne le vice dont le système français serait affecté : il reposerait sur une lecture ancienne et inadéquate de deux extraits de l'*Esprit des lois*. La démonstration vise surtout à établir que la juridiction administrative, si bien organisée qu'elle soit, est "un échec grave à la séparation des pouvoirs" qui suppose l'unité du pouvoir judiciaire. Dans une perspective inverse à celle ici développée, l'auteur analyse en effet les conséquences de la conception française de la séparation des pouvoirs. Il la compare notamment à celle d'autres pays, dont la Belgique. L'ouvrage rétablit ainsi le caractère atypique du système français à plus grande échelle, réalité que l'on a tendance à oublier lorsque l'on compare uniquement les systèmes français et belge, vraisemblablement compte tenu de l'histoire et de l'hégémonie du premier. L'auteur écrit du système belge qu'il est en fin de compte "le seul entre tous à tenir compte du principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire et à respecter fermement l'indépendance réciproque de ces pouvoirs" (p. 39). Comp. toutefois avec un auteur comme R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, p. 13 : la Belgique s'est "contentée" de la règle de la séparation ... sans établir (à l'époque) une juridiction administrative pour le progrès du droit.

⁴⁷⁶ Comp. J. LEJEUNE, op. cit., déjà en 1857 : la division des pouvoirs en Belgique vise la protection des droits individuels en évitant de concentrer la puissance souveraine dans les mains d'un seul pouvoir organisé tel que le pouvoir administratif. "Étrange contradiction : les publicistes français font appel au système de la division des pouvoirs pour mettre à la disposition de l'indépendance administrative un moyen de défense qui déjoue toutes les garanties dont ce système tend à entourer les droits individuels" (p. 47). Comp. H. BUCH, op. cit., J.T., 1957, p. 1 : un "équilibre des pouvoirs" en Belgique requérant leur "conjonction". La difficulté de concilier les deux approches du principe provient en réalité de ce qu'il se déduit en droit belge de l'ensemble du système, à travers différentes institutions et mécanismes (auxquels l'article 33 de la Constitution réfère sans vraiment formuler la règle de la séparation), et non d'un texte exprès, même s'il est très ancien, comme en droit français.

⁴⁷⁷ Encore moins une doctrine.

La principale difficulté générée par un tel point de vue est qu'il conduit inévitablement à extrapoler au stade des prémisses. On connaît en effet désormais le "remède structurel" qui permettra d'adapter les privilèges français au droit belge et de dégager une conception qui lui soit spécifique. Il s'agit de l'application du droit commun, ou plus exactement de sa réhabilitation. Mais il est impossible, à ce stade, de savoir jusqu'où un tel remède peut concrètement mener. La seule indication que l'on ait est que le droit administratif français est généralement inspiré des règles civiles correspondantes, de telle manière que le risque de régimes opposés est vraisemblablement limité par une sorte de "patron commun". Parfois même, la différence tiendrait plus à la présentation des règles qu'aux règles concrètes elles-mêmes. À défaut d'avoir pu vérifier le bien-fondé de ces allégations, toutefois, de sérieuses réserves doivent être émises quant au résultat final des comparaisons. Seule la nécessité de concevoir les privilèges autrement qu'en droit français et à partir du droit commun peut être considérée comme étant établie.

Une extrapolation est néanmoins permise, puisque l'on sait que les privilèges concernent l'exécution forcée. En raison de la sujétion de principe, l'exécution forcée des actes administratifs serait ainsi soumise au droit commun de l'exécution en droit belge. Et même le principe général de la continuité des services publics⁴⁷⁸ ne pourrait pas en dispenser l'administration, sauf à combiner le principe avec un autre principe de droit commun. À défaut, une norme législative serait requise⁴⁷⁹ pour établir un privilège, puisque la matière est réglée par le Code civil et le Code judiciaire.

Les implications d'une telle conception sont apparemment nombreuses. À travers le droit civil et judiciaire de l'exécution, toute une série de droits semblent en effet surgir dans l'escarcelle du citoyen. Ils sont liés à la manière d'exécuter par la force, c'est-à-dire aux voies d'exécution, dont les règles et les procédures sont réputées pour être très strictes. Ces dernières s'imposeraient à l'administration, alors qu'elle ne semble pas y être habituée, à en croire du moins la doctrine administrative actuelle.

Pour prendre un exemple plus précis à la racine des privilèges, la prohibition de la justice privée est un principe de droit commun qui, à ce titre, devrait pouvoir être déclaré applicable à l'administration.

On trouve au demeurant des échos dans ce sens dans la doctrine la moins conventionnelle. Pour J. DE BRABANDERE, par exemple, l'exécution parée des actes administratifs peut être considérée comme contraire à la séparation des pouvoirs parce qu'il appartient en principe au pouvoir judiciaire d'autoriser l'exécution parée sur la propriété (art. 11 et 92)⁴⁸⁰, voire

⁴⁷⁸ Ou le principe de la séparation des pouvoirs dont la continuité peut parfois être analysée comme une résurgence.

⁴⁷⁹ Mais il n'est pas requis que cette norme législative déroge au droit commun uniquement en faveur de l'administration. Certes, la dérogation pourrait viser les administrations en général. Mais elle pourrait aussi viser une administration en particulier, voire même une catégorie de sujets de droit parmi lesquels les administrations figureraient. Que l'on pense, par exemple, au droit des sûretés (la matière des privilèges et hypothèques) duquel certains créanciers résultent privilégiés, en ce compris parfois l'administration. Toutes les combinaisons sont possibles *a priori*.

⁴⁸⁰ J. DE BRABANDERE, *op. cit.*, *Revue du notariat belge*, 1985, point 17.1., p. 394, note 77.

simplement l'usage de la force⁴⁸¹, en application du principe "Nul ne peut se faire justice à soi-même"⁴⁸². La considération est toutefois trop forte en réalité, car elle est susceptible d'affecter une voie de dérogation qui paraissait incontestable en matière administrative. Il s'agit de l'intervention du législateur pour déterminer soit de manière générale que les actes administratifs sont exécutoires par voie parée, soit de manière plus limitée que l'usage de la force est autorisé sans l'intervention préalable du juge, dans certains cas ou en ce qui concerne certains actes administratifs.

En règle, néanmoins, la doctrine est plutôt avare de ce genre de considérations. D'un côté, les processualistes n'ont pas le temps d'étudier les actes administratifs au-delà de la contrainte administrative au sens formel du terme. De l'autre côté, les administrativistes ignorent généralement le droit commun de l'exécution. Ils sont habitués à une matière qui finit par devenir "leur droit commun"⁴⁸³.

99. Le lien entre privilèges et droit commun (suite). En somme, il est réellement difficile de prévoir la portée du droit commun sur les privilèges. Car si le droit commun offre apparemment de réelles perspectives, peut-être les privilèges eux-mêmes sont-ils strictement réglementés en droit administratif, ce qui diminuerait alors son intérêt concret.

Même dans ce cas, toutefois, la démarche conserverait un sens.

Il s'agit en effet plus d'asseoir une conception particulière du droit administratif que de pourvoir à sa réglementation. Dans un régime de droit commun, c'est avant tout "l'éclairage et le relief de la matière"⁴⁸⁴ qui changent. Ce qui est déjà une victoire en soi. Car, dans un régime de droit administratif même très réglementé, il reste dans l'inconscient collectif que les administrations jouissent de privilèges exorbitants et que les deux droits *sont* différents. Le droit commun, quant à lui, impose la spécialité des privilèges. Ce qui est très différent.

Il s'agit ainsi d'inverser la logique du droit français dont la plupart des auteurs belges ont été imprégnés et qui a certainement déterminé l'état des privilèges du préalable et de l'exécution d'office dans leurs écrits. Les privilèges ont vraisemblablement été conçus en vase clos⁴⁸⁵, par

⁴⁸¹ Voy. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R. W., 1961, col. 1750. La liberté individuelle et la propriété privée seraient en effet trop menacées par l'exécution d'obligations administratives par l'administration elle-même, alors qu'elle est déjà en mesure de les établir. L'auteur a raison d'y voir une application de la séparation des pouvoirs que les théoriciens du droit constitutionnel ont tendance à perdre de vue.

⁴⁸² Selon R. JACQUELIN, en amont des deux privilèges, le privilège de juridiction en droit français déroge déjà au principe élémentaire commun à tous les peuples civilisés que "Nul ne peut se faire justice à soi-même", même si c'est dans une moindre mesure que par le passé, jusqu'à l'an VIII, lorsque la contestation était portée devant le fonctionnaire compétent (*op. cit.*, 1899, p. 2).

⁴⁸³ L'expression n'est d'ailleurs pas étymologiquement fautive à considérer le droit administratif de manière isolée, voire même le droit fiscal au sein même du droit administratif. Voy. à cet égard C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960) "Le régime des actes administratifs unilatéraux", n° 31, p. 766. De la sorte, toutefois, la différence du droit administratif par rapport au droit commun finit par devenir quasi idéologique.

⁴⁸⁴ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 14, note 1, deuxième paragraphe, *id.*

⁴⁸⁵ Comp. *ibidem*, p. 7, à propos du droit administratif : "Plus que toute autre discipline juridique, (il) est un carrefour, non un enclos".

les auteurs et les juges administratifs français. Ils l'ont été dans l'isolement des prétoires, "par compromission" ou au moins par tolérance du juge administratif⁴⁸⁶. Aujourd'hui, ils sont appelés à subir une épreuve ou une confrontation au droit commun pour s'adapter au droit belge. Car un privilège de juridiction ne leur en permet plus l'évitement.

La démarche est parfaitement légitime. On en veut pour preuve les questions que se posent eux-mêmes d'éminents juristes français à propos de la lente évolution du droit vers une sorte d'unité.

"Pour le spécialiste de droit administratif, c'est la place de cette discipline par rapport aux autres branches du droit - et bien entendu avant tout par rapport au droit civil - qui est en cause : quelle est aujourd'hui la spécificité du droit administratif français ? On peut même poser la question de façon plus provocante : si demain disparaissait le dualisme juridictionnel, sans que soient changés une ligne de la législation applicable à l'administration ni un iota de la jurisprudence administrative actuelle, comment se caractériserait le droit administratif ? " ⁴⁸⁷

Le droit belge répond en quelque sorte à cette question. À sa manière, on en convient, mais en présence d'un héritage commun⁴⁸⁸.

Sous cet angle, la démarche doit permettre une meilleure compréhension du droit administratif belge et donc des privilèges. Elle doit permettre de percevoir ses articulations avec le droit commun, en particulier ce qu'il peut présenter comme dérogation par rapport au droit commun, c'est-à-dire les différences légitimes d'un point de vue normatif. Elle doit surtout permettre d'éviter des impasses aujourd'hui inhérentes à la différence de système. De sorte qu'au terme de l'étude, on espère être en mesure de conclure à la manière de M. le procureur général P. LECLERCQ au sujet de l'inexistence de droits administratifs :

⁴⁸⁶ Le sentiment naît à la lecture de L. COHEN-TANUGI, *op. cit.*, *Pouvoirs*, 1980, pp. 13 à 20, mais de manière plus significative encore à celle des conclusions tirées par A. MESTRE, *op. cit.*, 1974, dans son ouvrage consacré au thème évocateur du Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration. Comp. J. RIVERO, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", in *Pages de doctrine*, *op. cit.*, T. II, 1980, pp. 563 à 580. Selon P. MARTENS, la critique exportée de l'étranger n'est pas transposable chez nous. Mais l'auteur ne prend-t-il pas fait et cause pour le juge administratif dès lors qu'avec sa plume habituelle il dénonce certaines décisions prises par des juges des référés faisant application "d'une sorte de droit administratif sauvage, abondamment nourri de la notion de droit subjectif mais oublieux de principes, tels ceux de continuité et de changement, qui restent quand même des attributs élémentaires de la puissance publique" ("La peur du juge", in *Jeune barreau de Liège*, *op. cit.*, 1990, p. 250) ?

⁴⁸⁷ J.-M. LEMOYNE de FORGES, in *L'unité du droit* ..., *op. cit.*, 1996, p. 482, *id.*

⁴⁸⁸ Pourtant, les juristes français préfèrent le plus souvent se confronter à "l'intransposable", c'est-à-dire au droit anglo-saxon, voire au droit européen dans lequel ils voient une inspiration anglo-saxonne. À propos du droit européen, il est par exemple donné de lire qu'il "traite de la même manière tous les sujets de droit, qu'ils soient personnes publiques ou personnes privées. C'est en ce sens qu'il est d'inspiration anglo-saxonne : il n'éprouve pas le besoin de se fonder sur des principes propres à l'activité publique; il utilise seulement les instruments nécessaires aux problèmes qu'il a en charge de régler; et les instruments les plus simples et les plus immédiatement opérationnels se trouvent dans la common law" ... (J.-M. LEMOYNE de FORGES, in *L'unité du droit* ..., *op. cit.*, 1996, p. 485).

"C'est pour avoir voulu imiter l'institution française et la transporter partiellement en Belgique qu'on a compliqué un problème assez simple si on reste dans le cadre des institutions belges"⁴⁸⁹.

Une plus grande simplicité ne veut toutefois pas dire que *tout* sera plus simple au terme de l'analyse. La compréhension des privilèges, surtout, sera facilitée. Car l'approche permettra une meilleure répartition des éléments généralement avancés pour leur définition. Pour le reste, par contre, il faut être conscient que les privilèges conduisent directement sur le terrain de la théorie générale des effets des obligations. Or, en droit civil, dont il convient précisément de s'inspirer, la matière n'est pas vraiment considérée comme étant la plus facile. Les principes ne semblent pas compliqués au premier abord. Mais les embarras surgissent dès que l'on s'attaque aux applications. La matière "se prête mal à la réflexion purement abstraite"⁴⁹⁰ et requiert donc une rigueur particulière.

100. Le lien entre privilèges et droit commun (fin). Pour finir et toujours dans l'optique de la sujétion, il est permis de rassembler de manière plus théorique les accents attendus des "nouveaux privilèges" en droit belge.

En principe, l'application du droit commun devrait d'abord emporter de nouveaux contours, en particulier l'amenagement des privilèges exorbitants sans réelle justification, surtout lorsqu'ils procèdent uniquement de la jurisprudence comme en droit français. On devrait ainsi passer d'une théorie autonome ou purement administrative à une théorie plus égalitaire et civiliste, car soumise à l'influence du droit commun. Les contours et les limites devraient être plus précis.

Sur le plan normatif, le glissement devrait se traduire d'une manière significative par le passage d'une théorie prétorienne et doctrinale vers une théorie plus législative⁴⁹¹. Dans le système belge, en effet, il appartient au législateur de déroger au droit commun en faveur de

⁴⁸⁹ P. LECLERCQ, note sous Cass., 11 juillet 1935, *Pas.*, 1935, I, 323 et 324. Autrement dit, "la question est, en fait, compliquée parce que, pour la résoudre, on se laisse entraver par des réminiscences du Conseil d'État tel qu'il existe en France, mais tel qu'il ne peut exister en Belgique" (*ibidem*, 325). Dans le même sens, L. WODON à propos de l'arrêt "La Flandria" : "Beaucoup de questions juridiques ne paraissent difficiles que parce qu'on les complique à plaisir. Il faut, en tout, mettre de la simplicité et de la clarté, et il ne faut dire que l'essentiel" (préface à M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, p. XIV); X (M. VAUTHIER), à propos de la "Personnalité civile", *R.A.*, pp. 421 à 426, dont p. 423 : "l'on rend cette question plus difficile, plus embarrassante qu'elle ne devrait l'être, et cela parce qu'on y mêle des abstractions, des entités artificielles, au lieu d'envisager la réalité franchement et telle qu'elle est". Comp. déjà en France J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 449 : la séparation des pouvoirs est une "notion obscure" qui "encombre fâcheusement notre droit public, embrouille beaucoup de questions, fausse un grand nombre de solutions".

⁴⁹⁰ G. de LEVAL, "La force exécutoire de l'acte notarié", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*. Le titre exécutoire non judiciaire, Actes de colloque, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 145.

⁴⁹¹ Dans un système de droit commun, un code de droit administratif paraît à la fois plus facilement réalisable et moins nécessaire qu'en droit français. En effet, il est généralement soutenu en droit administratif qu'un code est irréalisable à cause de la dispersion des matières et des textes. La sujétion de l'administration au droit commun donne une nouvelle dimension au débat, puisque les codes civil et judiciaire sont en principe applicables à l'administration, à défaut de dérogation. Un éventuel code administratif ne pourrait en effet organiser que les dérogations à loi commune, à condition encore qu'elles soient communes à toute ou à la majeure partie de l'activité administrative. Une sorte de code judiciaire administratif, à moins qu'une partie du Code judiciaire suffise à l'entreprise.

l'administration. Tel est le cas du moins en matière d'exécution, puisque le droit commun est, dans ce cas, de nature législative.

La donnée est importante car il devient évident que l'application de principe du droit commun de l'exécution forcée ne signifie pas nécessairement la paralysie de l'action administrative, puisqu'il peut y être dérogé. Or, il est indéniable que l'administration doit parfois pouvoir agir vite et bien et que, dans certains cas, elle a besoin d'expédients par rapport aux procédures habituelles, notamment pour vaincre l'éventuelle résistance injustifiée d'administrés. En même temps, l'intervention préalable du législateur constitue à cet égard une garantie indispensable pour l'administré. Elle est d'autant plus importante dans une matière où il est par nature porté atteinte aux droits et libertés des particuliers. Ce que confirme au demeurant la Constitution belge lorsqu'elle exige le plus souvent l'intervention du législateur pour pouvoir les modaliser.

Inutile d'aller plus loin à ce stade. Plusieurs étapes sont encore nécessaires avant de formuler une théorie spécifique des privilèges (titre II). Il faut notamment souligner le caractère inadéquat des définitions actuelles des privilèges, en droit français comme en droit belge (chapitre 2). Mais seulement après avoir insisté sur la légitimité de la démarche suivie, cette fois eu égard à la notion même de privilège. Il s'agit en effet de souligner le vice conceptuel des privilèges en droit français (B).

B. Le vice conceptuel des privilèges

101. La place du droit commun dans la définition d'un privilège. Tel est le deuxième vice de la théorie française des privilèges maladroitement transposée en droit belge : alors que le privilège - indépendamment de tout contenu - déroge par définition au droit commun plus qu'il n'en diffère, l'influence française a conduit à le définir en termes de différence plutôt qu'en termes de dérogation.

Par définition⁴⁹², en effet, le droit commun est au cœur du privilège⁴⁹³.

Selon *Le Nouveau Petit Robert*, le privilège est une prérogative, un droit, un avantage "accordé à un seul individu ou à une catégorie, en dehors de la loi commune"⁴⁹⁴. La même idée figure dans le Vocabulaire juridique Capitant : "Faveur accordée à une personne ou régime réservé à un bien par rapport à la loi commune"⁴⁹⁵. On la trouve encore chez F. MODERNE⁴⁹⁶ ou dans

⁴⁹² Et non par "nécessité pratique" comme en droit français : J. RIVERO, *op. cit.*, R.D.P., 1953, pp. 279 à 296 (le partage des compétences n'explique pas tout).

⁴⁹³ J. BODIN avertit dans *Les six livres de la République* que "la définition n'est autre chose que la fin du sujet qui se présente : si elle n'est bien fondée, tout ce qui sera bâti sur elle ruintera bientôt après" (Livre I, Chapitre 1) (Scientia Aalen, 1961, p. 1).

⁴⁹⁴ *Le Nouveau Petit Robert*, éd. 1995. De manière plus spécifique au droit civil : "droit que la qualité d'une créance donne à son bénéficiaire d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires (Capitant)".

⁴⁹⁵ Association Henri CAPITANT, *op. cit.*, 1987. Le dictionnaire indique des termes de comparaison : avantage, bénéfice, préférence, priorité, dispense, dérogation, décharge.

⁴⁹⁶ F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 15.

l'étude de G. DUPUIS⁴⁹⁷ consacrée au privilège de l'administration (*privata lex*) : une norme particulière (dérogation au droit commun) et favorable. On la trouve même chez M. HAURIOU⁴⁹⁸.

Bref, le privilège ne peut exister comme tel que comparé à un régime de droit commun auquel la généralité est soumise⁴⁹⁹. Quitte, ensuite, à introduire de nouvelles distinctions parmi les privilèges, mais alors sur base d'autres critères⁵⁰⁰.

102. La place du privilège en droit français. Or, cette référence à la loi commune n'existe pas réellement en droit administratif français.

Dès le départ, en effet, l'administration n'est pas susceptible d'être dans un rapport d'égalité avec le particulier. Elle n'est soumise ni au même juge, ni au même droit. Tel est le cas en ce qui concerne la plus grande part de son activité, à savoir la gestion, le service ou la puissance publiques, selon les expressions consacrées, c'est-à-dire le domaine dans lequel les privilèges sont apparus et dans lequel ils évoluent.

⁴⁹⁷ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, pp. 10 à 33, n° 1 à 25. L'auteur entame son étude par la définition du privilège. Il limite le droit commun à une partie du droit civil car il est de l'essence même de la réglementation juridique, et donc aussi du droit civil, de varier selon les sujets auxquels elle s'applique. Il propose la définition suivante : "le privilège est une dérogation au droit commun qui assure à des bénéficiaires plus ou moins nombreux des avantages juridiques ou économiques par attribution d'un droit particulier ou par soustraction à une obligation générale" (p. 15, n° 9). L'auteur rejette surtout l'idée répandue d'un droit administratif entièrement privilégié qu'il considère plutôt comme différent à certains égards et comme emportant aussi des sujétions (comp. A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, 13^e éd., T. I, 1994, p. 12, n° 5). Il met en garde contre le mythe de privilèges administratifs qui se soldent souvent par certains privilèges de certaines administrations, voire de certains agents, ou par des privilèges parfois partagés avec des particuliers, tels l'insaisissabilité de certains biens, certaines prescriptions ou les privilèges et hypothèques. L'auteur met finalement en garde à propos de la différence de nature entre une règle juridique et une règle statistique : la dérogation à cette dernière n'est pas nécessairement une dérogation à la première. *Add.* C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 287, n° 683, ou encore n° 694, p. 294 et n° 880, p. 374 où l'auteur insiste sur la relativité des termes de la comparaison (une "catégorie juridique fuyante dont à la limite on pourrait même mettre en doute l'existence" : p. 437, n° 1013), d'où la question posée concernant la décision exécutoire : procédé de droit commun (en droit administratif) ou privilège exceptionnel ?

⁴⁹⁸ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 27 : "La loi commune, qui est la loi civile, est celle à laquelle on est soumis de plein droit, à moins que, par exception et par un privilège qui a besoin d'être justifié, on ne soit soumis à une autre loi".

⁴⁹⁹ P. GOTHOT dit par exemple du bénéficiaire d'un jugement coulé en force de chose jugée qu'il se trouve "dans une situation tout à fait privilégiée" ("Des conditions auxquelles une décision judiciaire étrangère peut fonder, en Belgique, l'exception de chose jugée", note sous Cass., 29 mars 1973, R.C.J.B., 1975, p. 555) par rapport à celui qui n'en a pas ou qui dispose, le cas échéant, d'un titre exécutoire extra-judiciaire. *Le Lexique de droit administratif* définit les privilèges comme les "Avantages spécialement accordés à certaines personnes ou à certaines institutions" (Paris, P.U.F., 1979, p. 151). Sont des synonymes évocateurs de ce que constitue un "privilège" : apanage, attribution, avantage, bénéfice, concession, droit, exclusivité, exemption, faveur, franchise, honneur, immunité, indult (relig.), monopole, passe-droit, pouvoir, préférence, prérogative (*Dictionnaire des synonymes*, Robert de poche, Paris, 1989).

⁵⁰⁰ Tel celui retenu par F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 36 et s., not. suivi par C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 288, n° 684 : les privilèges de contrainte grâce auxquels l'administration agit et impose (en l'occurrence avec les privilèges) et ceux de protection par lesquels l'administration se protège et oppose.

La notion de privilège n'est donc pas susceptible de trouver en soi une place adéquate dans le système français. Le seul véritable privilège est le privilège de juridiction. Tous les autres privilèges découlent de lui. Ils sont nécessairement limités à faire état d'une différence, et non d'une dérogation. Or, le plus souvent, ils servent à décrire une différence dans son ensemble⁵⁰¹.

Cela dit, le privilège de juridiction n'interdit pas toute comparaison entre l'administration et les particuliers. Une part de l'activité administrative, principalement l'activité contractuelle, est en effet soumise au même régime que celle des particuliers. La comparaison est parfaitement légitime dans ce cas, à supposer d'ailleurs qu'il y ait une dérogation.

Pour le reste, en revanche, toute comparaison est tronquée d'avance car elle revient à confronter des situations qui, dès le départ, ne sont pas réellement comparables. *A priori*, tel semble être le cas avec les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. L'analyse du contenu des privilèges confirmera l'assertion. La comparaison avec le droit privé n'intervient qu'en cours de route en doctrine, une fois dressée la première ébauche de la formulation théorique des privilèges, comme pour la conforter sur le plan logique. L'analyse plus détaillée des écrits de M. HAURIUOU permettra de le constater. L'idée de privilège sert avant tout à frapper les esprits. Mais elle ne procède pas d'une comparaison rigoureuse et précise avec le droit commun.

Pourtant, même en ce qui concerne l'activité administrative *sensu stricto*, les comparaisons ne sont pas nécessairement inutiles. Au contraire, même, les comparaisons réalisées en doctrine ont certainement contribué à plus d'égalité effective entre les régimes. Elles ont probablement permis un rapprochement mutuel des jurisprudences judiciaire et administrative.

Néanmoins, elles n'ont pas permis l'apparition de réels privilèges. En droit français, il ne peut en effet s'agir que de privilèges *secondaires* par rapport au privilège de juridiction plus fondamental ou générique. Ils doivent nécessairement être appréhendés à travers lui. Il n'est donc pas étonnant, comme il sera montré au chapitre 2, que l'existence et le contenu donné aux privilèges étudiés (de même qu'à la notion de décision exécutoire) procèdent plus du régime administratif dans son ensemble, tel qu'il a évolué, que d'une véritable intention d'établir une discrimination positive après comparaison⁵⁰².

⁵⁰¹ Ce que traduit l'idée d'un droit "exceptionnel avec autonomie" utilisée par M. HAURIUOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 28. "Telle est la situation de notre droit administratif par rapport à la loi civile et au juge civil, et elle est due beaucoup moins à la spécialité des lois et règlements administratifs, bien qu'ils y jouent leur rôle, qu'au principe de la séparation des pouvoirs qui a érigé une barrière infranchissable entre l'autorité judiciaire, juge de droit commun, et les matières administratives". Les privilèges sont imbriqués dans la compétence du juge administratif. En effet, ce dernier "ne supplante le juge de droit commun que dans la mesure de la prérogative, parce que les prérogatives de la puissance publique sont la cause première de l'indépendance du droit administratif" (p. 28).

⁵⁰² De manière plus générale, tous les auteurs s'accordent à reconnaître que le droit administratif français est incompréhensible s'il est détaché de son histoire et de l'existence d'une juridiction administrative. Voy. dans ce sens P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 6 ainsi que p. 73 où les auteurs écrivent que l'on avance guère "en disant que le droit administratif, défini comme régissant l'action administrative, est caractérisé par un mixage de règles plus ou moins spéciales et que c'est dans cette "hybridation" que réside sa spécificité. Cette façon de voir n'aurait été satisfaisante que si l'ensemble de ce droit administratif avait relevé du même juge, ce qui tend actuellement à être de moins en moins le cas".

103. La place du privilège en droit belge. Tel n'est pas le cas en droit belge où les administrations et les particuliers relèvent en principe du même juge et, en tout cas au départ, du même droit.

L'authenticité du privilège est donc toute particulière en droit belge, en ce qui concerne la part d'activités spécifiques et par comparaison avec le droit français. Elle l'était moins sous le régime de l'immunité de juridiction qui prenait en quelque sorte la place du privilège de juridiction en droit français.

Aujourd'hui, la notion est tellement adéquate en droit belge qu'elle transparaît jusque dans la définition même du droit administratif et dans le principe de l'adaptation du droit privé⁵⁰³. Le privilège doit faire l'objet d'une dérogation légale expresse et précise par rapport au droit commun. Au surplus, celle-ci doit être avantageuse, ce qui n'est pas le cas de l'ensemble du droit administratif.

La plus grande exactitude du privilège en droit belge augmente encore le paradoxe de privilèges transposés du droit français. En même temps, elle encourage à les relire à la lumière du droit commun et à les adapter éventuellement en fonction de lui. La perspective est en effet de dégager enfin de véritables privilèges, certes spécifiques au droit belge, mais également authentiques en termes absolus. Telle est sans aucun doute la portée la plus fondamentale à prévoir de la différence belge par rapport au droit français.

Encore faut-il toutefois dépasser l'état actuel du droit et de la doctrine belges pour y arriver. Car l'évolution du système a été chaotique et l'ambiance donnée par les ouvrages généraux traduit en majorité la perspective inverse. À tel point qu'un auteur comme O. ORBAN explique dans son précis qu'il a renoncé à utiliser la distinction entre régimes privé et administratif comme principe de division et de classification. Il y a renoncé malgré qu'elle soit "très réelle et très logique", et qu'elle "s'impose lorsqu'il s'agit d'étudier méthodiquement les actes de l'administration". La raison avancée est qu'elle "n'aide pas à coordonner les matières administratives. Dans une infinité de cas, le rôle civil et le rôle public de l'administration se touchent de trop près pour qu'il soit possible de les considérer isolément, d'en scinder l'étude"⁵⁰⁴. Un tel constat est évocateur d'un *a priori* pour le moins encombrant.

104. Un rapport d'inégalité en doctrine. Les doctrines belge et française étant encore fort proches à l'heure actuelle, il convient d'approfondir le vice conceptuel des privilèges qui s'y est développé. Il s'agit de mieux l'appréhender avant de tenter de le dépasser.

En droit français, les termes de la comparaison qui "fonde" le privilège - le particulier et l'administration - évoluent dans deux régimes totalement différents, le premier dans un régime de droit commun, le second dans un régime administratif. Une différence de taille distingue les deux régimes. Dans le second, uniquement, le juge est souvent libre de décider ce qu'il veut en

⁵⁰³ La question est réservée concernant l'adaptation du droit privé par le juge, dont il a déjà été soutenu qu'elle devait être équilibrée dans les deux disciplines.

⁵⁰⁴ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 13, p. 20.

l'absence de texte, ce qui complique évidemment la comparaison. Aussi, dès le départ, les deux régimes sont appelés à être différents dans leur contenu. Mais, à travers eux, ce sont en réalité le particulier et l'administration qui sont placés dans un profond rapport d'inégalité. Le système français est résolument déterministe sur ce point.

M. HAURIOU n'est pas le précurseur de cette idée, mais il l'a décrite et l'a traduite en des termes particulièrement forts qui ont souvent été repris par la suite.

"Le droit administratif français est fondé sur la prérogative de l'administration, c'est-à-dire qu'il règle les rapports entre l'administration et les administrés en admettant entre les deux parties une inégalité fondamentale, en admettant que l'administration est soustraite au droit commun, en organisant pour elle juridiquement des privilèges"⁵⁰⁵.

À la suite de M. HAURIOU⁵⁰⁶, la doctrine est quasi unanime à cet égard⁵⁰⁷. Le principe reçoit d'ailleurs une consécration formelle dans l'usage généralisé - importé en droit belge - de la majuscule pour parler de l'Administration, et de la minuscule lorsqu'il est question de l'administré ou du particulier.

Dans ce cadre, le privilège revêt une signification particulière. Il incarne la notion même de droit administratif. Mais les privilèges ne sont pas organisés. Ils procèdent plutôt d'un privilège global de régime. M. HAURIOU écrit lui-même, à propos de la prérogative et du privilège - qu'il définit pourtant comme la soumission à une autre loi que la loi commune -, que si "un corps de droit est appliqué par une juridiction qui soit complètement séparée du juge de droit commun, alors même qu'il ne serait pas entièrement composé de règles spéciales, il sera, lui aussi, séparé du droit commun et, dans une certaine sphère, entièrement autonome"⁵⁰⁸. Le

⁵⁰⁵ M. HAURIOU, *op. cit.*, 5^e éd., 1903, p. X, idr. Outre l'extrait qui suit, l'auteur se dit frappé de ce que le culte de la puissance publique et l'existence d'une juridiction administrative sont dans le tempérament national. Il invite de la sorte à ne pas commettre "la faute d'abandonner (les) nos traditions nationales" (*op. cit.*, 5^e éd., 1903, p. X). Au contraire, ce sont là des idées qui ne sont pas conformes ni à nos traditions ni à nos tendances, déclare-t-on en Belgique (P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Pas.*, 1921, I, 208). "Ces besoins spéciaux de la race française ne sont pas, malgré leurs affinités, les besoins spéciaux de la race belge. La Constitution belge est une réaction contre les institutions que ces besoins spéciaux à la race française lui auraient fait adopter. Nous vous disons avec M. le professeur Hauriou : "Ne commettons pas la faute d'abandonner nos traditions nationales"" (228).

⁵⁰⁶ On citera également E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), pp. 429 et 430 : les actes et opérations qui excèdent les "facultés des citoyens". Lorsque l'administration exerce la puissance publique, ce n'est plus le principe d'égalité qui domine, mais au contraire le principe d'autorité.

⁵⁰⁷ G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1930, pp. 4, 8, 9 et 14; R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 41 et 43; M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. VII; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 37; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 112, p. 79 (pp. 75 à 84, n° 105 à 120); A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, 13^e éd., T. I, 1994, n° 3, pp. 11 et 12; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 16, n° 13; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. I, 1991, p. 25 et T. II, 1998, p. 39. Add. A. HAURIOU, in *Recueil d'études... Génys*, *op. cit.*, T. III, 1935, p. 93 (en plus d'une certaine maîtrise des règles du droit administratif); F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, J.C.P., 1964, I, 1838, n° 37, liée au fonctionnement des services publics; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, pp. 56 à 70 (sp. p. 59) et le "soupçon de privilège" qui pèse depuis toujours sur le droit administratif. *Contra* : L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, §§ 64 et 65, mais d'un point de vue surtout philosophique; c'est également celui de C. EISENMANN, *op. cit.*, R.D.P., 1952, pp. 903 à 979 (les distinctions droit privé-public et intérêt particulier-général ne se recoupent pas).

⁵⁰⁸ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 28.

privilège devient ainsi un synonyme d'autonomie, considéré comme un avantage de base par rapport au droit commun, y compris à la limite s'il est désavantageux.

105. Conséquence. Une conséquence directe et concrète du système français est qu'aucune recherche à propos d'une institution juridique se rapportant au droit administratif ne peut faire l'économie d'une étude liée au partage de compétences entre les juridictions judiciaires et administratives⁵⁰⁹. Pire, en droit français, comme le confirment des auteurs comme J. RIVERO et J. WALINE, la majorité des théories fondamentales du droit administratif n'ont eu d'autre but que de résoudre le problème de la compétence du juge administratif⁵¹⁰.

Les privilèges étudiés n'échappent pas à la règle. En témoigne, de manière très explicite, le contenu et la structure des contributions relatives aux privilèges. Par une sorte de nombrilisme, elles sont toutes orientées, au moins en partie, vers l'étude des compétences respectives des deux ordres de juridiction, dans l'optique d'une théorie originale⁵¹¹ formulée par le juge administratif.

106. La doctrine belge sous influence. On ne retrouve pas cette dimension en doctrine belge, mais on y retrouve par contre les idées d'inégalité et de spécialité.

Pourtant, un auteur comme M. HAURIOU, directement à la source de l'influence française et plus particulièrement en ce qui concerne les privilèges, aurait pu conduire à un résultat différent s'il avait été correctement lu dès 1927.

Pour l'auteur, en effet, la question du droit commun se pose pratiquement plus encore à propos du juge qu'à propos de la loi. "Si un corps de droit est composé de règles spéciales exceptionnelles par rapport à la loi civile commune, mais si ce droit spécial continue à être appliqué par le juge de droit commun, il ne s'opposera pas au droit commun, il ne sera pas autonome par rapport au droit commun"⁵¹². L'auteur prend l'exemple du droit commercial qui

⁵⁰⁹ Comp. M. WALINE, *op. cit.*, R.D.P., 1961, p. 20 : du point de vue pédagogique, "Un professeur devant tracer, devant des étudiants qui ignorent tout du droit administratif, les limites du champ d'application de celui-ci (en tant du moins que ses règles sont autonomes par rapport au droit privé) peut-il faire mieux que de se référer aux règles fixant les compétences respectives des deux ordres de juridictions ?"

⁵¹⁰ J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 27, p. 25. Add. F.-P. BÉNOIT, préface de F. VINCENT, *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, Paris, L.G.D.J., 1966, pp. 1 et 2 : l'acte unilatéral est étudié en fonction du cadre procédural dans lequel son régime a été élaboré (il est le fruit du contentieux); P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, p. 38, en ce qui concerne la théorie de l'inexistence de l'acte administratif en droit français.

⁵¹¹ Autrement dit, avec l'idée d'un droit administratif spécial toujours présente en filigrane. À noter à cet égard le titre du premier article présenté par M. HAURIOU comme étant consacré au privilège du préalable. Il est intitulé "De la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives, - ou du contentieux et du non-contentieux administratif. Distinction entre les demandes et les réclamations ou les recours vis à vis de l'État, des départements, des communes ou des établissements publics" (BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1864, pp. 433 à 467).

⁵¹² M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 27 et 28. La loi civile doit être considérée comme supplétive par rapport aux lois administratives spéciales.

souligne d'autant plus les conséquences inappropriées de l'influence française, ainsi que le fossé entre ce qui est et ce qui devrait être en doctrine et en droit administratifs belges.

Néanmoins, il est donné de lire chez P. WIGNY⁵¹³, pour prendre un exemple significatif, que le droit privé poursuit un objectif égalitaire qu'il n'enfreint que pour mieux rétablir en protégeant le plus faible, alors que la philosophie du droit administratif, quant à elle, est consacrée toute entière à la prévalence de la personne publique investie du service public : "lorsqu'une des parties exploite un service public, pareille égalité n'est plus concevable"⁵¹⁴; les pouvoirs publics sont "dans une situation privilégiée"⁵¹⁵.

A. BUTTGENBACH n'écrit pas autre chose : " (...) l'administration se trouve dans une situation exorbitante du droit commun qui, si elle comporte des servitudes, est très souvent aussi une situation privilégiée par rapport aux personnes privées"⁵¹⁶.

En moyenne, tous les auteurs se laissent plus ou moins guider par la conception française⁵¹⁷. Aucun d'eux ne conteste l'existence de prérogatives spéciales, dérogatoires voire exorbitantes du droit commun, même lorsqu'ils ne soulignent pas expressément le rapport global d'inégalité.

Certes, il ne faudrait pas tomber dans l'excès inverse en niant toute inégalité entre l'administration et le particulier à travers certaines prérogatives. Il doit toutefois s'agir d'inégalités ponctuelles, particulières et "positives".

En effet, l'administration et les particuliers sont en principe sur un pied de parfaite égalité à l'égard du pouvoir judiciaire⁵¹⁸. Telle est la portée précise de l'arrêt "La Flandria"⁵¹⁹, même si

⁵¹³ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 10, pp. 13 et 14, ainsi que n° 209, p. 159 et n° 432, p. 339.

⁵¹⁴ *Ibidem*, n° 10, p. 13.

⁵¹⁵ *Ibidem*, n° 432, p. 338, *id.*

⁵¹⁶ A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 4, p. 5.

⁵¹⁷ O. ORBAN indique que l'activité de l'administration est dominée par son rôle de puissance publique parmi des différences fondamentales liées au but que l'administration poursuit, aux droits qu'elle possède et aux intérêts généraux qu'elle représente, ainsi qu'à son organisation spéciale; "elle agit en acquit de sa mission supérieure, lors même qu'elle fait des actes de droit privé; et il est impossible de ne pas tenir compte de son autorité et de son caractère public, quand on la rencontre impliquée dans des rapports analogues à ceux que la vie civile fait naître entre les citoyens eux-mêmes" (*op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 3, pp. 7 et 8). Dans le même sens, il faut citer L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, pp. 8 et 9; M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 494, p. 661, *a contrario*; M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 15 (autorité et prérogative); M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 5, pp. 6 et 7 (prérogatives excédant les facultés des citoyens, procédés spéciaux); A. MAST, A. ALLEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 3 à 5, p. 5 (position juridique particulière, inégalité fondamentale, situation privilégiée); J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 3 à 5, p. 5; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 78, p. 86.

⁵¹⁸ Nettement moins devant le Conseil d'État dont la procédure a la réputation de tendre à rétablir une certaine forme d'inégalité. Ainsi, H. BUCH écrit à propos du contentieux administratif que "l'administration et l'administré ne sont pas et ne peuvent plus être mis sur un pied d'égalité que ne peuvent l'être l'intérêt général et l'intérêt particulier qu'ils incarnent. C'est ce qu'exprime sans ambages le rapport au Régent précédant l'arrêt du 23 août 1948 réglant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État et ce que traduisent les dispositions de cet arrêté" (*op. cit.*, J.T., 1970, p. 740).

⁵¹⁹ Comp. M. CORNIL, *op. cit.*, B.J., 1939, col. 450, note 1.

elle est en grande partie ignorée. Il s'agit d'une exigence fondamentale de l'État de droit⁵²⁰. Même si une conception opposée triomphe actuellement en doctrine, en particulier avec les privilèges.

107. Des privilèges très représentatifs du climat d'inégalité. Les privilèges étudiés sont en effet très représentatifs des idées de différence et d'inégalité véhiculées à propos du droit administratif. On peut même écrire qu'ils les incarnent "par définition". Ils sont réputés compter parmi les privilèges les plus exorbitants du droit public.

Généralement, ils sont expressément marqués du sceau de l'inégalité⁵²¹. Celle-ci est en effet souvent rappelée au moment précis d'exposer le(s) privilège(s), que ce soit en droit français⁵²²

⁵²⁰ L'idée de L. WODON est intéressante à cet égard. Selon l'auteur, la supériorité de puissance attribuée à l'État sur le plan des idées ne serait pas une raison de le soustraire au droit civil dans ses rapports avec les particuliers, mais au contraire "un motif de l'y soumettre de manière à compenser par l'égalité juridique de droit commun l'inégalité de fait destructive de l'équilibre des situations" (L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 183). La même idée peut être trouvée dans les conclusions du proc. gén. P. LECLERCQ, alors pr. av. gén., préc. Cass., 16 décembre 1920, *Pas.*, 1921, I, 65, ici 69 et 70, mais en termes excessifs, comme en témoigne l'extrait suivant : "Tandis que le particulier a le droit de tout faire, sauf obstacle apporté à son action par le droit d'autrui, l'administration, en principe, ne peut rien faire : elle n'a d'autres pouvoirs, aux termes de l'article 78 de la Constitution, que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution" (70). Il ne faudrait pas oublier les moyens du droit commun dans ce cadre. Car si l'administration est liée par le droit commun, à défaut d'un texte particulier, il doit pouvoir en bénéficier dans les mêmes conditions. Telle est la contrepartie - et donc aussi une exigence - du principe de l'État de droit et de la soumission de l'État à son propre droit. L'inégalité procède éventuellement de la loi, en vue de protéger les plus faibles ou d'assurer plus d'efficacité. Mais à défaut, l'égalité existe bel et bien, dans un sens comme dans l'autre.

⁵²¹ M. HAURIU souligne la "force en travail" de la puissance publique y compris lorsqu'elle agit par voie de gestion. Elle n'admet pas l'égalité : les responsabilités qu'elle encourt sont administratives, les droits qu'elle confère sont administratifs, les actions auxquelles elle est exposée sont administratives. Elle conserve également des privilèges importants dont "surtout le privilège caractéristique de la force exécutoire ou du préalable qui lui permet d'exécuter elle-même son droit jusqu'à l'extrême limite, de mettre la partie adverse en présence du fait accompli, et même de créer le contentieux à sa volonté par des décisions exécutoires" (M. HAURIU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, pp. 233 et 234). Car enfin, "il faut bien que la puissance publique apparaisse comme étant au-dessus des administrés" (*ibidem*, p. 249) ! À propos de l'exécution forcée directe, J. BARTHÉLEMY souligne "l'inégalité traditionnelle et d'ailleurs nécessaire des parties en présence. Le droit civil étudie l'obligation de faire, abstraction faite du débiteur et d'un créancier; ici, au contraire, la considération des parties en présence est déterminante". L'État se réserve une situation privilégiée (J. BARTHÉLEMY, "Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public", *R.D.P.*, 1912, p. 506). *Add.* J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, p. 842 : "la consécration légale d'une différence de fait", d'une inégalité entre les parties; L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 8 (la procédure par décision exécutoire).

⁵²² F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, p. 62; NGUYEN-VAN-BONG, *Décision exécutoire et décision faisant grief en droit administratif français*, Paris, thèse, 1960, p. 32, faisant état de la doctrine "imperturbable" à cet égard; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 123 (une "dérogation 'en plus'"); M. LEFEBURE, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, Paris, L.G.D.J., 1961, pp. 1 et 263; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, p. 18; F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, pp. 1, 12 et 264; J. MOURGEON, *La répression administrative*, Paris, L.G.D.J., 1967, n° 30, p. 44; R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de chose décidée*, Paris, L.G.D.J., 1969, princ. pp. 14 à 17, 42, 119; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 289, n° 685; C. LAVIALLE, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 10, 19, surtout 35, 43, 87, 93; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 85; J.-M. MARCHAND, "Procédés du droit administratif", *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 1; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 232 et s., en particulier p. 322; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 5; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 20; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 16, n° 13, *id.* : au contraire du postulat de l'égalité juridique des particuliers sous-jacent au droit

ou en droit belge⁵²³. Ils sont aussi fréquemment placés sous le signe de la différence soit directement, soit à travers le droit administratif de l'exécution.

Un rapprochement entre le droit civil et le droit administratif n'est d'ailleurs même pas imaginé à propos des privilèges. Ces derniers incarnent la différence par rapport au droit privé dans les études comparatives⁵²⁴. En témoigne aussi la notion de décision exécutoire, à travers laquelle la procédure d'exécution en général est vraisemblablement considérée comme de la procédure administrative à part entière. Il s'agit d'un véritable bastion de l'action unilatérale administrative.

Au demeurant, les administrativistes français s'accordent généralement pour conclure que *le droit administratif de l'exécution est le plus différent du droit civil*. L. DUGUIT, pour prendre un exemple éloquent, alors précisément qu'il affiche à son époque l'originalité de vouloir estomper la différence entre le droit public et le droit privé, identifie ainsi la différence entre les deux droits à l'endroit de la sanction :

" (...) la sanction du droit public et la sanction du droit privé ne peuvent exister dans les mêmes conditions; la réalisation d'une situation de droit privé ne peut être obtenue de la même manière que celle d'une situation juridique de droit public. En cela seulement consiste la différence entre le droit public et le droit privé"⁵²⁵.

Dans le même sens et de manière encore plus explicite quant à l'impact de la différence structurelle, R. JACQUELIN voit dans le privilège de juridiction le privilège qui domine l'ensemble du droit administratif *sanctionneur*⁵²⁶.

civil, "l'administration, gardienne de l'intérêt public, doit pouvoir en assurer la sauvegarde en dépit de la résistance des volontés privées"; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 322. Add. A. HAURIU, in *Recueil d'études ... Gény, op. cit.*, T. III, 1935, pp. 93 et 94; J. BRETHE de La GRESSAYE, in *Études offertes à G. Ripert, op. cit.*, T. I, 1950, p. 308 à 310; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 10) (impl.); J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 301; G. KOUBI, "Acte exécutoire et actes des autorités locales", *R.D.P.*, 1990, p. 1493 à propos de l'acte exécutoire.

523 L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 6; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 32; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 209, p. 159; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104; M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 15 (autorité); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, p. 14; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 5, p. 7, n° 7, p. 8, p. 21, n° 9bis et n° 13, p. 32; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 4 et 7, pp. 6 à 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 7 à 9, pp. 5 à 7 (sans évaluer l'acte juridictionnel); R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, p. 17, n° 41 et 42; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 89, p. 35 (sans évaluer l'acte juridictionnel). Add. J. MERTENS, *op. cit.*, T.B.P., 1951, p. 346, inégalité relative au privilège du préalable non défini; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 318 (le privilège du préalable déséquilibre le rapport entre les parties litigantes); D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 284, p. 468 (impl.).

524 Rem. A. HAURIU, in *Recueil d'études ... Gény, op. cit.*, T. III, 1935, pp. 93 et 94 : la prérogative d'action d'office, un critère de différence ou d'opposition; J. BRETHE de La GRESSAYE, in *Études offertes à G. Ripert, op. cit.*, T. I, 1950, pp. 305 et 308 à 310 : le privilège du préalable et de l'exécution d'office, principe de la différence.

525 L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 66, p. 713. Voy. aussi T. II, 1928, § 27c, p. 416 : une différence au point de vue du "mode de réalisation de la situation". Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1952, n° 60, p. 965 et n° 68, p. 976.

526 R. JACQUELIN, *op. cit.*, 1899, pp. 4 et 5, ainsi que 162. Add. R. ALIBERT, *op. cit.*, 1926, pp. 12 et

M. HAURIU, incontournable, soutient sur cette base que, dans le droit administratif, le point de vue des règles de fond et celui des procédures d'exécution ne sont pas encore séparés, tandis qu'ils le sont dans le droit civil⁵²⁷.

De manière plus générale, "C'est au niveau de l'exécution qu'apparaît le plus nettement (...) la spécificité de la règle administrative"⁵²⁸. Le privilège de l'exécution d'office, en particulier, serait le seul que l'on ne rencontrerait pas en droit privé⁵²⁹. Le privilège de l'action d'office est une "manifestation fondamentale d'autonomie"⁵³⁰. Le Conseil d'État français lui-même considère le caractère exécutoire des décisions administratives ou le privilège du préalable comme "la règle fondamentale du droit public"⁵³¹, et donc spécifique.

On retrouve inévitablement la même idée en droit belge, en l'occurrence chez L. WODON et M. CAPART, pour lesquels l'État exécute ses obligations comme le particulier "à cette différence près que la technique de la contrainte finale n'est pas la même dans les deux cas"⁵³².

13.

527 M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 35.

528 J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 403. Dans le même sens : M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, pp. 16 et 17 : le pouvoir d'action d'office est étudié au titre de particularité du droit administratif qui "caractérise le régime administratif français"; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 7; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, p. 651, n° 958, et p. 663, n° 971 : l'originalité de l'action administrative apparaît dans son effet de contrainte, notamment par les moyens dont l'administration dispose pour son exécution; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 177 et p. 185 : "la véritable originalité du droit administratif", l'exécution d'office. Add. et comp. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 26 : c'est le caractère exécutoire "qui marque l'autorité spéciale des décisions administratives et qui les différencie des actes privés"; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 413, pp. 582 et 583 : si la spécificité des décisions exécutoires de l'administration (au sens des actes unilatéraux) semble un mythe par rapport aux actes unilatéraux de droit privé, une réelle diversité apparaît au nouveau des règles du droit positif dont la source est la monopolisation de la force au profit de l'État; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 27, p. 42 : le privilège trouve sa source dans le monopole de la contrainte matérielle; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 114, 117, 122 et 142 : le problème présente des caractères propres en droit public, l'exécution forcée constituant "une différence essentielle avec le droit privé", "un trait distinguant l'acte administratif de l'acte privé"; J. BOULOUIS, in ... *Bilan critique, op. cit.*, 1988, p. 9. Rem. G. JÈZE, compte-rendu du traité de M. WALINE, *R.D.P.*, 1945, p. 274, idr, à propos de la théorie civile des obligations que M. WALINE essaye de transposer en droit administratif : "C'est vraiment la partie essentielle du droit administratif. Très certainement, dans l'avenir, les ouvrages sur le droit administratif développeront de plus en plus cette théorie".

529 J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, op. cit.*, 1977, pp. 367 et 369. Même s'il est spécial ou limité.

530 M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 235. Comp. M. HAURIU, note sous C.E. fr., 27 février 1903, S., 1905, 3, 17, adr, concernant le privilège de l'exécution préalable : "la grande prérogative de la puissance publique"; M. HAURIU, note sous C.E. fr., Delmotte et Senmartin (deux arrêts), 6 août 1915, S., 1916, 3, 9, ici 10, concernant le privilège de l'exécution forcée : "l'une des illustrations les plus caractéristiques des pouvoirs exorbitants dont le faisceau forme le 'régime administratif'".

531 L'arrêt "Huglo" du 2 juillet 1982 est étudié au chapitre 2. Il vise cependant plus le caractère unilatéral de la décision que son caractère exécutoire de manière forcée. Add. C. DEBBASCH, in *Mélanges René Chapus, op. cit.*, 1992, pp. 132 et 133.

532 L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 185, dont fait aussi état M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 246, p. 357. Add. dans un sens apparent L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 9; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 209, p. 159 (le plus caractéristique); A. BUTTENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 376, p. 343. Comp. O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, pp. 10 à 13 et surtout p. 12, premier paragraphe : le recours à la contrainte distingue les différentes catégories d'actes administratifs. Comp. parmi les prérogatives de puissance publique réputées spécifiques car détachées de leur légalité ou nécessairement organisées par la loi, ce qui n'est pas nécessairement le cas : C. GOOSSENS, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Liège*, 1960, pp. 200, 248 à 250 et 270; D.

L'exécution est même généralement présentée comme constituant une différence irréductible entre les pouvoirs eux-mêmes au sein de l'État⁵³³. L. MOUREAU explique ainsi que la disposition de la contrainte serait l'apanage des autorités administratives. Les autorités législatives, pas plus d'ailleurs que les autorités judiciaires, ne l'auraient à leur disposition, malgré que les particuliers soient assujettis aux lois qu'elles édictent. Bref, "Il y a (...) toute une série de règles propres à la mise en exécution de la loi et des actes judiciaires (...) qui manifestent la spécialité de droit administratif à l'égard même des autres branches du droit public"⁵³⁴. A. BUTTGEBACH⁵³⁵ et J. DEMBOUR⁵³⁶ défendent le même point de vue.

108. Un défi pour la sujétion au droit commun ? Le constat selon lequel les privilèges incarnent une différence essentielle du droit administratif par rapport au droit commun ne doit pas décourager. Au contraire, le vice conceptuel dénoncé devrait apparaître en conséquence de manière d'autant plus flagrante dans la matière concernée. Certes, tout est fait en doctrine pour donner l'illusion qu'une comparaison réelle avec le droit commun a permis d'affirmer les privilèges du préalable et de l'exécution d'office⁵³⁷. Il convient toutefois d'éprouver cette idée reçue en reprenant la comparaison de manière détaillée.

Il pourrait en effet s'avérer que l'administration ne soit pas condamnée d'avance à un régime juridique différent et que, à côté de privilèges ponctuels, le régime ordinaire de l'administration soit en réalité comparable à celui du particulier. Il se pourrait également que les privilèges soient établis par des lois administratives déterminées, dès lors parfaitement compatibles avec le principe même de la sujétion administrative au droit commun. Le cas échéant, il faudrait alors dénoncer la présentation des concepts en doctrine. Il faudrait mettre l'accent sur l'application de principe du régime ordinaire de droit commun. Il faudrait rendre aux privilèges leur juste mesure.

Le système belge est favorable à cette confrontation avec le droit commun susceptible de déboucher sur une réconciliation parce que, au départ, l'administration et le particulier sont placés dans des situations juridiques parfaitement comparables. Avant de progresser dans cette voie, l'occasion est donnée d'attirer l'attention sur un vice conceptuel supplémentaire des privilèges transposés en droit belge. Il est apparenté au précédent car il tient également à la notion de privilège en droit français.

DÉOM, *op. cit.*, 1990, p. 123, n° 74.

⁵³³ À noter que la sujétion au droit commun de l'exécution procède de la sujétion de l'État à son propre droit. À travers l'État sont donc visées toutes ses composantes, car l'objection de la séparation des pouvoirs ne joue plus à l'heure actuelle.

⁵³⁴ L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 9.

⁵³⁵ A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 6, pp. 8 et 9.

⁵³⁶ J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, p. 14.

⁵³⁷ Le point de départ de la présentation des privilèges en doctrine est en effet souvent la situation du particulier, très rapidement brossée, à côté de laquelle le contraste avec les prérogatives de l'administration est naturellement aveuglant, alors qu'en réalité la comparaison est tronquée puisqu'elle est inexistante. Le même procédé conduit par exemple à passer sous silence que l'administration partage en réalité la situation "des particuliers" pour une part importante de ses activités.

109. La place de l'acte unilatéral en droit belge. À considérer la notion de privilège en droit français et en droit belge, il est impossible de ne pas relever une différence supplémentaire entre les deux ordres juridiques. Cette différence devrait permettre de dépasser un préjugé importé du droit français mais qui, en droit belge, s'avère injustifié. Ce préjugé est important car il concerne la dualité des régimes juridiques réservés aux actes unilatéraux et aux contrats. Il est également important pour les privilèges qui, en droit français, se cristallisent précisément autour de l'acte unilatéral, alors qu'ils sont en mesure de le dépasser. Cette fois, la discrimination ne vise plus seulement l'administration et le particulier, car si l'administration est davantage concernée par l'acte unilatéral, une part importante de son activité est également dévolue au contrat.

En droit français, seul l'acte administratif unilatéral emporte *par nature* la compétence de la juridiction administrative et la sujétion à des règles spéciales, même s'il peut y avoir à cela quelques exceptions⁵³⁸. Les privilèges ne servent donc pas seulement à décrire des prérogatives exorbitantes de l'administration. Ils servent à décrire des prérogatives exorbitantes qui sont relatives à une catégorie d'actes juridiques incomparable avec celle utilisée par le particulier : l'acte unilatéral. L'attention n'est pas toujours suffisamment attirée sur cette différence fondamentale qui accentue pourtant encore le contraste entre l'administration et le particulier⁵³⁹. Mais lorsqu'elle l'est, elle fausse également la comparaison puisque l'administration recourt fréquemment au contrat. Il faudrait donc toujours lier les deux constats.

Cette différence "objective" en droit français ne se retrouve pas en droit belge, et il est étonnant que la doctrine belge n'insiste pas davantage sur ce point, ou qu'elle n'ait pris aucune distance par rapport au droit français à cet égard. Acte unilatéral et contrat sont pourtant soumis au même juge et au même droit en Belgique. Pas toujours au même juge, en réalité, puisque le contrat administratif est exclu de la juridiction du Conseil d'État réservée à l'acte unilatéral⁵⁴⁰. Les deux actes sont toutefois soumis au contrôle judiciaire et, partant, au même droit, que le Conseil d'État est d'ailleurs également tenu d'appliquer. En droit belge, par conséquent, acte unilatéral et contrat ne peuvent pas être opposés comme en droit français.

Au lieu de cela, l'unilatéralité est omniprésente dans la définition des privilèges⁵⁴¹, puisqu'ils ont été importés du droit français. Elle n'est pourtant pas justifiée *a priori*. Elle ne l'est déjà pas réellement en droit français, car si elle trouve son origine dans l'organisation du contentieux administratif⁵⁴², encore faut-il vérifier sa réalité avant de conclure dans un sens qui, à la limite, pourrait emporter un privilège similaire, voire même le privilège en matière contractuelle. Rien ne l'empêche *a priori*. Elle ne l'est donc certainement pas en droit belge où toutes les conditions sont réunies pour empêcher les trop fortes discriminations. Pour exister en matière unilatérale,

⁵³⁸ Ainsi, la présentation est caricaturale car toute l'activité contractuelle n'échappe pas au juge administratif français et le juge judiciaire français n'est pas nécessairement enclin à appliquer le droit commun aux contrats administratifs dans tous les cas. L'ambiance générale en France est même plutôt à la différence. La comparaison avec le droit commun trouve néanmoins un terrain favorable en matière contractuelle, que ce soit en droit français ou en droit belge, où le contrat peut au demeurant être lui-même une source supplémentaire de spécificité.

⁵³⁹ En effet, l'acte unilatéral incarne de toute évidence le droit public, et le contrat le droit privé.

⁵⁴⁰ Ce qui a d'ailleurs valu la théorie de l'acte détachable du contrat pour étendre quelque peu le contrôle.

⁵⁴¹ Voy. *infra*, n° 298.

⁵⁴² Comme d'autres traits encore de la définition.

le privilège a besoin d'un texte légal. C'est également le cas en matière contractuelle, auquel, sous réserves⁵⁴³, on peut parfois ajouter le contrat. À la limite, on pourrait y voir un privilège en faveur du contrat.

Les conséquences de cette différence supplémentaire de régime entre les droits belge et français sont capitales en ce qui concerne les privilèges. Le droit de l'exécution confirme en effet le vice conceptuel du droit français dans la mesure où cette partie du droit belge est sensiblement identique dans les deux "matières", unilatérale et contractuelle. On aura l'occasion de s'en rendre compte au chapitre 2 du titre II⁵⁴⁴. Dès maintenant, il faut toutefois bien camper le principe.

Le régime juridique de l'exécution forcée d'une obligation juridique n'est pas lié à son mode de création, qu'il soit unilatéral ou multilatéral, et donc civil ou administratif. Certes, un rapport indirect existe, ne fût-ce que parce que la création d'obligations par voie unilatérale est plutôt exceptionnelle en droit privé⁵⁴⁵, sauf peut-être en droit commercial ou en droit des entreprises. Il n'existe toutefois pas deux régimes distincts en matière d'exécution forcée selon qu'est concerné un acte unilatéral ou un contrat.

Tel n'est pas le cas en droit français où le mode utilisé⁵⁴⁶ de création du droit détermine en moyenne le régime auquel l'acte est soumis, y compris en ce qui concerne l'exécution forcée. Il conviendra, en conséquence, d'en tenir compte dans l'adaptation des privilèges au droit belge, même si, dans le cadre de la présente dissertation, l'accent est mis sur l'activité unilatérale de l'administration⁵⁴⁷.

D'ores et déjà, il faut toutefois cesser de croire, en droit belge, que lorsque l'administration choisit entre l'acte unilatéral et le contrat, voire plus généralement entre des procédés exclusivement de droit public ou de droit privé, l'un exclut nécessairement l'application de règles propres à l'autre⁵⁴⁸. Réfléchir de la sorte conduit à nier que la dérogation au droit

⁵⁴³ L'exécution forcée est en effet liée à l'ordre public. On s'en expliquera au chapitre 2 du titre II, n° 531.

⁵⁴⁴ En résumé, les principes fixés par le Code civil en matière contractuelle sont également appliqués en matière extra-contractuelle. Quant au Code judiciaire, il ne fait aucun distinction selon le mode de création de l'obligation juridique en ce qui concerne les voies d'exécution forcée.

⁵⁴⁵ Il est exact que la plupart des actes unilatéraux privés parfois posés par le particulier ne peuvent pas l'être par l'administration. Mais tel est généralement le cas pour toutes les personnes morales. En droit belge comme en droit français, ces actes n'emportent d'ailleurs pas un régime fondamentalement différent du reste de l'activité privée, si ce n'est une différence de type légal qui peut parfois être importante.

⁵⁴⁶ En effet, l'administration n'a que rarement le choix entre les (deux) modes d'action. En droit français, néanmoins, il faut clairement distinguer le régime juridique de l'acte unilatéral administratif, d'une part, et, d'autre part, le régime juridique des actes unilatéraux privés et des contrats. La cause de la différence de régimes n'est pas nécessairement la loi, mais plutôt le privilège de juridiction qui permet au juge administratif d'adapter le droit privé aux administrations. La théorie générale des effets des obligations est en l'occurrence concernée. Rem. à cet égard l'approche originale de M. HECQUARD-THÉRON, "De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision", in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 671 à 686.

⁵⁴⁷ Le choix de l'action unilatérale s'imposait matériellement parce que les privilèges y sont surtout développés. Néanmoins, les résultats de la recherche doivent être étendus à la matière contractuelle, c'est-à-dire à tout type d'action confondue.

⁵⁴⁸ C'est absolument l'impression que donne le titre consacré par A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN à

commun puisse être partielle. Tel est pourtant le cas, le plus souvent, de la dérogation. L'acte unilatéral, en l'occurrence, n'a pas en soi pour conséquence d'évincer les règles communes liées à l'exécution. Contrairement à ce qui est induit en doctrine, un principe aussi général que celui de la continuité du service public ne devrait pas permettre d'atteindre seul un tel résultat.

Conclusion

" (...) il semble qu'à chaque instant les novateurs soient arrêtés
par la gravité des conséquences auxquelles leurs raisonnements les conduisent.
De là des atténuations difficilement explicables en logique; de là, aussi des contradictions."

L. WODON⁵⁴⁹

110. Vers une définition spécifique fondée sur le droit commun. L'ensemble des développements qui précèdent permettent de considérer comme étant légitime la recherche d'une définition des privilèges spécifique au droit belge. L'émergence d'une conception belge de la séparation des pouvoirs autorise en effet celle d'une conception belge des privilèges fondée sur le contrôle judiciaire⁵⁵⁰ de l'administration et sur le respect du droit commun. Tel est en définitive le sens fondamental de l'histoire.

En France, l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de s'immiscer dans les affaires administratives a débouché sur la création d'une véritable juridiction administrative de droit commun et ses corollaires pour l'administration, à savoir le privilège de juridiction et l'autonomie de principe du droit administratif.

l'interpénétration des procédés de droit public et de droit privé dans lequel les auteurs se limitent à reconnaître l'influence de la mission administrative sur le procédé de droit privé (*op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 6, n° 6). Avec cette question significative : dans ce cas, le juge doit-il s'inspirer du droit privé ou du droit public ? Voy. de manière identique J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 6, n° 6. C'est également ce qui ressort des précis qui ont tendance à cloisonner l'acte unilatéral et le contrat. Il y va d'un présupposé selon lequel l'unilatéralité emporte avec elle un régime entièrement dérogatoire, ce qui, à la réflexion, ne s'impose absolument pas. Témoignent de ce présupposé les propos de M. VAUTHIER selon lequel "L'autorité est inhérente à sa nature; elle est inséparable de ses moyens d'action. Ce n'est pas que les autres voies de droit, par exemple la conclusion d'un contrat, lui soient fermées, mais elles ne lui sont point aussi essentielles que le pouvoir de commandement. L'étendue de celui-ci varie suivant le régime politique du pays et, certainement, les variantes sont énormes entre des pays soumis à un gouvernement autoritaire et ceux qui sont en démocratie" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 19, p. 33). L'interrogation doit avoir des accents différents en ce qui concerne les privilèges qui ne se rapportent plus à la seule création unilatérale d'obligations, mais à ce qui intervient en aval de celle-ci. À moins de répondre par l'affirmative à la question de savoir si l'étendue du pouvoir de commandement emporte le pouvoir d'exécuter l'ordre par la force, même sous certaines conditions. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le pouvoir de commandement suppose lui aussi un pouvoir attribué préalablement.

⁵⁴⁹ L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 214, à propos de la responsabilité de l'administration.

⁵⁵⁰ Il faudrait dire juridictionnel, car en droit belge le contrôle par le juge administratif ne devrait pas emporter, en principe, l'application d'un droit différent, et cela pas seulement par souci d'un respect mutuel.

En Belgique, en l'absence d'une telle juridiction, la même interdiction, transposée du droit français, a d'abord conduit, jusqu'en 1920, à une véritable "immunité de juridiction" des pouvoirs publics. Ensuite, l'abolition de cette immunité a débouché sur un effort d'affranchissement par rapport au droit français qu'il convient de parfaire aujourd'hui par l'affirmation du système juridique dans tout ce qu'il a de spécifique.

Cela se traduit, en ce qui concerne les privilèges, par le rejet d'une conception française dont la doctrine belge est fortement imprégnée mais qui, fondamentalement, est incompatible avec le système. Il s'agit de confronter les privilèges français au droit commun, en principe applicable à l'administration en droit belge, afin d'en donner une lecture qui soit compatible avec lui.

Il ne s'agit donc pas nécessairement de redéfinir complètement les privilèges, mais d'en adapter le sens, à supposer que cela soit nécessaire. Il s'agit d'en adapter la définition au terme d'une relecture de droit belge, profondément imprégnée du droit commun : une relecture civile et judiciaire des privilèges à partir du droit commun de l'exécution.

Il ne faut pas non plus miser sur la disparition pure et simple des privilèges en droit belge. Certes, leur existence semble dépendre du juge administratif en droit français, sans préjudice toutefois du rôle important également joué par le législateur et qui, en régime de droit commun, est davantage légitime encore⁵⁵¹. L'épreuve du droit commun n'emporte pas nécessairement la disparition des privilèges, mais plutôt leur modalisation.

111. Le point de départ. Le point de départ de la relecture est en réalité double.

Premièrement, la notion même de privilège commande une comparaison réelle avec le droit commun, par définition.

Deuxièmement, à la différence du droit français, cette comparaison est particulièrement adéquate en droit belge où, en principe, administrations et particuliers se situent, au départ, dans un rapport d'égalité : face au juge et face au droit.

Avec l'arrêt "La Flandria" du 5 novembre 1920, en effet, la Cour de cassation ne décidait pas seulement la soumission de l'administration au contrôle du pouvoir judiciaire. Elle invitait également à la soumettre au droit commun, à défaut de dérogation.

Certes, la lente évolution du droit n'a pas permis d'en tirer toutes les conséquences en une fois. Mais la création du Conseil d'État n'a rien changé quant au principe, directement tiré de la Constitution. Elle n'a pas débouché, en particulier, sur l'apparition d'un véritable ordre juridictionnel administratif. La création du Conseil d'État a seulement permis un regain de l'influence française en jurisprudence et dans les précis de droit administratif. Elle a notamment conduit à la représentation généralisée du droit administratif comme un droit adapté (mais non autonome). Elle a de la sorte facilité le maintien - voire la résurgence - de théories françaises

incompatibles. Parmi ces théories figurent les privilèges. Ils semblent avoir été épargnés de toute confrontation avec le droit commun jusqu'à aujourd'hui.

Il ne faut pas y voir la marque d'un destin, pas plus que dans l'histoire du droit administratif belge en général. Il faut au contraire s'en inspirer pour éviter les erreurs à l'avenir et pour éviter, en particulier, le reproche cinglant "d'avoir violé la Constitution et d'avoir pactisé avec 'des pays à institutions et à tradition antibelges'"⁵⁵².

Or, l'évolution des contentieux est résolument favorable à l'empreinte du droit commun en matière administrative. De telle manière que la recherche d'une définition spécifique des privilèges, inspirée du droit commun, n'est pas seulement légitime. Elle est tout simplement requise par le système constitutionnel.

Sur ce point, l'erreur à ne pas commettre avec les privilèges doit être rapprochée de celle commise jusqu'en 1920 avec l'immunité de juridiction⁵⁵³. Il s'agit en quelque sorte de prolonger l'effort constitutionnel auquel le premier président de la Cour de cassation de GERLACHE invitait les membres de la Cour :

"Quand on vous alléguera, désormais, quelque texte tiré de cet immense arsenal où se confondent les lois de la république, de l'empire et du régime qui vient d'expirer parmi nous, votre droit, votre devoir sera d'abord d'en examiner la constitutionnalité"⁵⁵⁴. Car "la Constitution exige la révision des codes qui nous régissent, pour les mettre en harmonie avec nos besoins, avec nos mœurs et nos institutions nationales, et avec l'esprit de notre époque. Vous serez appelés sans nul doute à y concourir par vos conseils, après y avoir puissamment concouru par vos travaux de chaque jour"⁵⁵⁵.

Ce qui est valable pour les codes l'est indubitablement pour des notions fondamentales comme les privilèges du préalable et de l'exécution d'office en droit belge.

⁵⁵² Tels étaient les reproches formulés par le proc. gén. P. LECLERCQ à l'adresse de la Cour de cassation, dans ses "Propos constitutionnels, Discours de rentrée" du 15 septembre 1928, à propos du refus, avant 1920, de protéger le citoyen contre l'action de la puissance publique ou "de mettre la couronne au Greffe" en vertu de la séparation des pouvoirs (*op. cit.*, B.J., 1929, col. 160). Pour une opinion plus conciliante sur ce point, voy. not. C. CAMBIER, *op. cit.*, 1947, p. 48. Dans le même ordre d'idées, O. ORBAN insiste sur le caractère essentiellement national du droit administratif, en corrélation directe avec les institutions d'un pays, ses traditions, ses mœurs, son histoire. Il souligne l'extrême prudence dont il faut faire preuve en cas de recours au droit étranger en matière de législation administrative (O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 1, p. 6, 2^e), nettement plus qu'en droit civil (L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 10; A. BUTTENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 16, pp. 14 et 15). Le droit administratif est résolument "situé".

⁵⁵³ D'autres "remparts conceptuels derrière lesquels la puissance exécutive avait cru se mettre à l'abri des juges" se sont encore effondrés en droit belge, tels les actes de gouvernement qui n'y ont pas développé une portée significative (P. MARTENS, préface à l'ouvrage consacré au contentieux administratif par M. LEROY, *op. cit.*, 1996, pp. VI et VII).

⁵⁵⁴ M. le premier président précisait évidemment de quel contrôle il s'agissait, limité aux actes administratifs : "Nul arrêté ou règlement (n'importe d'où ils émanent) n'ont de force à vos yeux que s'ils sont conformes à la loi. Ainsi vous exercerez un droit de censure légitime sur les actes du pouvoir le plus porté jusqu'ici à l'envahissement" (*Bull.*, 1832, 18).

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵¹ Sous réserve du contrôle de constitutionnalité, et surtout d'égalité, éventuellement réalisé par la Cour d'arbitrage.

Chapitre 2

Des privilèges inadéquats

*"Les idées fausses, même théoriques,
finissent toujours par engendrer des inconvénients."*

M. HAURIOU¹

112. Introduction. Le lecteur s'attend, au terme du premier chapitre, à une redéfinition rapide des privilèges en droit belge. Seule l'épreuve du droit commun retient son attention. Il présuppose des concepts clairs et limpides en droit français, qu'il suffirait de démonter pour reconstruire.

Il faut rapidement déchanter. L'effort ne suppose pas seulement une relecture des privilèges à partir du droit privé. Il requiert au préalable de mettre de l'ordre dans les notions administratives telles qu'elles existent aujourd'hui en droit français et en droit belge.

Certes, les notions sont classiques en droit administratif. Elles sont à ce point présumées connues par le juriste qu'il n'ose pas avouer son ignorance la plupart du temps ou, ce qui revient au même pour lui, l'idée imprécise qu'il en a.

Des formules toutes faites se sont ainsi formées et transmises à travers les générations. Elles ont été piochées dans la tradition française. Elles sont véhiculées sous le nom des "privilèges du préalable et de l'exécution d'office" qui sont affirmés. Elles ne sont pourtant pas dépourvues de vices parfois importants.

Leur premier vice est le manque de constance. Lorsqu'on prend la peine de comparer les définitions proposées, en effet, on constate rapidement l'absence de réel consensus quant à leur contenu. Ceci dans une proportion parfois inquiétante. Les définitions avancées par les auteurs divergent lorsqu'elles ne sont pas contradictoires. Les divergences dépassent la simple controverse. Les éléments "traditionnels" de définition sont récurrents, mais ils varient d'un auteur à l'autre et d'un privilège à l'autre, jusqu'au nom attribué. À tel point qu'il peut être conclu sans ambages au caractère extrêmement confus des notions concernées, dont le côté classique procure néanmoins l'apparence d'une sorte de flou artistique. Il faut dire que les auteurs ne signalent jamais l'inconstance des concepts dans les ouvrages généraux. Sans doute l'ignorent-ils d'ailleurs eux-mêmes.

¹ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 595.

Sont de la sorte pêle-mêle associés aux privilèges, mais sans la constance nécessaire, le caractère unilatéral de l'acte administratif, la présomption de légalité dont il serait revêtu, son caractère exécutoire tantôt sans, tantôt avec recours possible à la force publique, l'auto-délivrance d'un titre exécutoire, le renversement de la charge de l'action ou de la preuve qui serait provoqué par lui, l'absence de caractère suspensif du recours administratif, l'intervention *a posteriori* du juge par rapport à l'action concernée, l'obéissance incontournable de l'administré avant d'oser réclamer, l'exécution aux risques et périls de l'administration, etc.

113. Un exemple de formulation classique. Un exemple représentatif de la manière dont les privilèges sont aujourd'hui formulés en doctrine permet au lecteur de mieux se les représenter. Il s'agit d'un extrait calibré, tiré du précis d'A. BUTTGEBACH. L'auteur situe les privilèges sous la force exécutoire de la décision administrative, dont il vient de souligner qu'elle crée par elle-même des obligations à charge des administrés, sans que la volonté de ceux-ci intervienne.

"b) Le privilège du préalable. - En vertu de ce privilège, l'administration prend des décisions exécutoires par elles-mêmes.

Ces décisions étant exécutoires, l'administration se trouve dispensée, pour réaliser ses droits, de s'adresser préalablement à un juge - d'où l'expression "privilège du préalable" - pour constater l'existence et la réalité de ces droits. En d'autres termes, la décision exécutoire bénéficie avant toute vérification par le juge, d'une présomption de conformité au droit.

Si l'administré conteste les prétentions de l'administration, c'est lui qui devra saisir le juge : non seulement le contrôle du juge se trouve reporté à *posteriori* - car, en principe, les recours des particuliers contre les décisions administratives ne sont pas suspensifs de l'exécution² - mais, de plus, c'est à l'administré, demandeur en justice, qu'incombera le fardeau de la preuve, en vertu de l'adage "*actori incumbit probatio*". Ainsi, le privilège du préalable entraîne un renversement du fardeau de la preuve au détriment de l'administré et au profit de l'administration.

La décision étant exécutoire, l'administration va pouvoir, dans les conditions que l'on va préciser ci-dessous, passer directement à son exécution par la contrainte; le privilège du préalable entraîne celui de l'exécution d'office.

c) Le privilège de l'action d'office ou de l'exécution d'office. - En vertu de ce privilège, l'administration peut, lorsqu'elle a pris une décision exécutoire, en réaliser directement elle-même l'exécution par la contrainte, en mettant en mouvement la force publique contre l'administré récalcitrant.

Point n'est besoin pour elle d'obtenir du juge la délivrance d'un "titre exécutoire".

(...)

e) Limitations au privilège de l'action d'office. - (...) ³.

² Notons que l'administration exécute à ses risques et périls et que si une décision, hâtivement exécutée, était ensuite annulée, elle s'exposerait à des dommages et intérêts. (...)

³ A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 345 et 346.

114. Observations. Deux observations peuvent être faites à propos de l'extrait.

Première observation. L'extrait ne fait pas état de véritables définitions. Différents éléments sont mis ensemble et mélangés, sans qu'il en résulte des idées vraiment claires. Certes, une certaine logique s'en dégage. Mais tous les éléments de "définition" ne sont pas directement liés entre eux et ils relèvent d'ailleurs de forces juridiques différentes, si l'on se réfère aux trois forces généralement distinguées au sein de l'acte juridique, à savoir les forces obligatoire, exécutoire et probante. La présomption de légalité participe de la force probante, le caractère unilatéral de la force obligatoire, le recours autorisé à la force de la force exécutoire et ainsi de suite.

La question mérite assurément d'être creusée, tout en soulignant d'ores et déjà qu'un effet d'ensemble est néanmoins produit par ces fausses corrélations. Cet effet est favorable au privilège de l'administration et à la différence de régime par rapport au droit privé, ce qui est de nature à abuser le lecteur en mal d'affirmations.

La dispersion des privilèges est aujourd'hui particulièrement forte en ce qui concerne le privilège du préalable. Elle s'explique peut-être par l'isolement du droit administratif à la fois au sein du système français et par rapport aux autres disciplines. Cet isolement a vraisemblablement permis une évolution libre et sans contrainte des catégories, jusqu'à l'extension à l'ensemble des forces de l'acte juridique. Il en résulte des témoins vivants du berceau dans lequel ils sont nés. Mais des témoins aussi de la confusion qui règne encore aujourd'hui à propos de notions pourtant fondamentales de l'action administrative.

Seconde observation. Deux éléments retiennent brièvement l'attention parmi ceux proposés pour cerner les privilèges. Le recours contre l'acte administratif est dépourvu d'un effet suspensif, sa contestation ne permettant donc pas de paralyser l'action administrative. Un adage donne une vague idée de quoi il retourne : l'administré est tenu d'obéir d'abord, quitte à réclamer ensuite.

L'introduction générale a déjà été l'occasion de le signaler⁴, mais les deux éléments permettent de le constater à nouveau : conçus de la sorte, les privilèges sont profondément désuets.

En Belgique, surtout, l'accès au juge judiciaire statuant en référé permet au citoyen de paralyser l'action administrative illégale. Depuis l'organisation d'un référé administratif, il peut aussi demander au Conseil d'État de suspendre l'exécution de l'acte administratif, au besoin en extrême urgence, si des moyens sérieux sont susceptibles de justifier l'annulation de l'acte attaqué et lorsque son exécution immédiate risque de causer un préjudice grave et difficilement réparable.

En France, également, la situation n'est plus comparable à celle existante au moment de formuler les privilèges étudiés.

Bref, décemment, il n'est plus raisonnable aujourd'hui d'oser soutenir de manière générale que l'action administrative n'est pas susceptible d'être paralysée ou que l'administré doit obéir

⁴ Voy. *supra*, n° 2.

d'abord, quitte à réclamer ensuite. Certes, tel est encore parfois le cas dans des matières précises et déterminées. Mais elles font aujourd'hui figure de minime exception. Plus qu'une adaptation des privilèges au droit belge, il convient donc d'en actualiser le sens. Ce qui accentue encore leur caractère inadéquat, cette fois en droit belge comme en droit français.

115. L'objectif poursuivi. Un constat de cette nature ne saurait toutefois pas suffire à écarter les privilèges au motif qu'ils sont inadéquats. Tout au plus permet-il d'introduire à une démonstration plus approfondie et à une analyse plus rigoureuse des privilèges dans le présent chapitre.

Le mode suivi est en quelque sorte négatif : montrer ce que les privilèges ne peuvent plus servir à désigner, avant de tenter, dans le titre II, de leur insuffler un contenu plus adéquat, c'est-à-dire plus conforme à la réalité du droit belge. L'objectif est donc clair : il s'agit de recentrer les privilèges sur "l'incontestablement propre", que l'on semble devoir trouver dans l'exécution forcée, c'est-à-dire dans une force juridique particulière.

Dans cette perspective, tous les éléments de définition répertoriés ne sont pas approfondis de manière identique.

D'une part, en effet, certains éléments seront plus facilement écartés que d'autres, parce qu'ils ne constituent pas de réels privilèges, au sens propre du terme. L'opération est guidée, de ce point de vue, par une série d'études très fouillées, principalement de droit français⁵. On verra que la transposition de leurs enseignements en droit belge permet souvent de souligner davantage encore les critiques formulées à l'égard de certains éléments.

D'autre part, l'histoire des privilèges a permis de faire une économie et de concentrer l'effort sur une force particulière, considérée comme constituant, dès l'origine, le "noyau dur" de la "définition". En effet, les privilèges sont apparus pour la première fois sous la plume de M. HAURIOU, au début du siècle. Les études consacrées aux privilèges, pour la plupart, ne remontent d'ailleurs guère plus loin. Or, dès ce moment, l'exécution forcée était au centre des préoccupations, et donc la force exécutoire de l'acte administratif.

En termes de plan, il convient d'introduire les catégories fondamentales de l'analyse (section 1) avant de souligner l'évolution des privilèges et de procéder aux disqualifications nécessaires (sections 2 et 3)⁶ lorsque des éléments de définition s'écartent trop de ce centre, au point de ne plus présenter aucun lien avec lui⁷.

Fort du premier chapitre, une méthode inspirée du droit commun s'avère particulièrement bien adaptée pour l'analyse. Mieux que toute autre, en effet, elle permet de jeter les bases d'une (re)définition compatible avec le droit belge et le droit commun.

⁵ Ces études datent généralement d'après la seconde guerre mondiale, ce qui correspond à une période de crise du droit administratif, et donc aussi des privilèges.

⁶ À savoir l'analyse et la présentation de ses résultats.

⁷ Sans perdre de vue que chaque élément, pris individuellement, est, en règle, loin de fonder un privilège en soi au terme d'une comparaison rigoureuse avec le droit commun.

Il faut préciser que l'évolution des concepts est avant tout liée au système français et au privilège de juridiction qui le caractérise. Dans le cas français, il semble que ce soit l'évolution de la justice administrative qui ait conduit au constat de privilèges aujourd'hui inadéquats. En droit belge, la place du droit commun dans la conception même du droit administratif vient s'ajouter dans ce sens à l'évolution des modalités du contrôle juridictionnel. Il doit s'agir de réels privilèges, au sens propre du terme.

Section 1. La méthode d'analyse

"Bien peu d'étudiants et même de praticiens ont une notion claire des effets des obligations, précisément à raison de l'incohérence du donné légal et doctrinal. C'est à quoi il convient de remédier, et pour le faire il n'est qu'un seul moyen, c'est d'étudier rationnellement les principes."

H. DE PAGE⁸

116. L'intérêt des forces de l'acte juridique. La distinction de différentes forces dans l'acte juridique permet en droit privé une rigueur dans l'analyse trop souvent méconnue. En témoignent les propos cités de H. DE PAGE, mais aussi les nombreuses confusions en doctrine ou en pratique, qu'il n'est donc pas si étrange de retrouver en droit public et administratif. Cette méthode d'analyse devrait permettre d'y remédier. Sans oublier toutefois que la matière relative aux effets des obligations juridiques est tout de même considérée comme "l'une des plus obscures et des moins ordonnées qui soient"⁹.

La distinction des forces obligatoire, exécutoire et probante permet de disséquer l'acte juridique et d'en faire l'autopsie pour mieux en percevoir le fonctionnement. Elle permet en effet d'isoler différentes facettes de l'acte juridique qui ne peuvent pas être confondues entre elles parce que, juridiquement, elles sont réellement distinctes, et cela même si fondamentalement un lien les unit.

La méthode promet des résultats concluants avec les privilèges, puisqu'on sait que l'imprécision, la dispersion des concepts et les variations importantes dans leur contenu sont les critiques les plus souvent adressées à leur égard en doctrine.

On a vu, en particulier, que toutes les forces de l'acte sont mélangées dans un même concept. Seule une analyse détaillée peut donc permettre d'y rétablir un peu d'ordre. Avec la méthode des forces, il est légitime de s'attendre à ce que chaque caractéristique des privilèges puisse être rattachée à une force ou à une autre de l'acte juridique. À partir de là, chaque élément pourra être mieux étudié, à la fois séparément et en interaction avec les autres éléments, de manière à en

⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 92, p. 121.

⁹ *Ibidem*, p. 85, n° 64.

évaluer la pertinence. L'approche devrait ainsi permettre de séparer le bon grain de l'ivraie voire, pourquoi pas, d'identifier plusieurs privilèges¹⁰. Car tel demeure évidemment le critère ultime de référence¹¹ : il doit s'agir de privilèges au sens propre du terme.

À noter qu'en cours d'analyse, on précisera notamment le sens des mots exécutoire et exécution que l'on retrouve dans les expressions "décision exécutoire" et "privilège de l'exécution d'office". Dans la littérature, en effet, tantôt les privilèges sont réunis sous la bannière de la "décision exécutoire", tantôt le privilège du préalable ou celui de l'exécution d'office, selon le cas, est entièrement assimilé à cette notion. Or, il se fait que les mots à définir sont *a priori* susceptibles de correspondre à l'une des forces du même nom, distinguée par la méthode retenue. Une telle indication est évidemment précieuse, car tout effort de conceptualisation gagne en cohérence lorsqu'elle respecte le bon sens imposé par la terminologie.

Plus que des outils permettant une analyse originale, les forces de l'acte juridique s'avèrent être de véritables instruments de définition des privilèges puisque, inspirés du droit privé, ils permettent d'évoluer dans un régime de droit commun. Or, dans un tel régime, la tradition administrative ne peut plus se permettre une terminologie ou des distinctions qui lui seraient propres. Car il s'agit plus que de procéder à une simple comparaison. Il s'agit d'appliquer le droit commun, à défaut de dérogation.

À noter, pour finir, que même en droit français, la méthode des forces convient parfaitement à l'analyse. À l'instar du droit privé, le droit administratif français est en effet construit autour de l'acte juridique¹². Néanmoins, il faut se garder d'étudier les principes pour eux-mêmes. Les forces de l'acte juridique ne sont pas le sujet de l'étude. Elles permettent tout au plus une analyse rigoureuse des privilèges. Aussi la distinction est-elle abordée uniquement dans la mesure où elle est utile à la démonstration. Ce qui explique les développements restreints qui leur sont consacrés.

117. Aperçu avec la décision de justice. En droit privé, la force exécutoire d'un acte est généralement distinguée de sa force obligatoire et de sa force probante. Les approximations sont

néanmoins fréquentes. La distinction trouve un écho particulier en droit judiciaire civil, dans les études consacrées à la décision de justice¹³.

Le jugement est un acte juridique doué d'une force particulière. Il présente des caractéristiques dont la plupart peuvent être comparées à celles de l'acte administratif. Il constitue un excellent point de départ pour l'étude des privilèges dans la mesure où ceux-ci procèdent précisément de la dispense de l'autorisation judiciaire pour recourir à l'exécution forcée.

Le jugement est d'abord un acte authentique. Il établit un certain nombre de faits et d'actes extrinsèques au jugement lui-même. À ce titre, la *force probante* du jugement est évidemment d'ordre supérieur. Elle ne relève pas comme telle de l'autorité de chose jugée, mais en constitue plutôt un effet. Ces effets ne sont pas propres au jugement, mais plutôt à l'instrument authentique qu'il constitue notamment.

Le jugement est ensuite un acte unilatéral. Lorsqu'il prononce une injonction ou une condamnation, il impose des obligations aux parties sans leur consentement. L'ordre juridique s'en trouve modifié et une situation nouvelle créée : la *force obligatoire* du jugement est celle de l'acte juridique unilatéral. P. GOTHOT va jusqu'à parler d'une "norme judiciaire"¹⁴ dont la portée ne peut être comprise autrement qu'individuelle. Il y va de la valeur substantielle du jugement, de son efficacité substantielle. À noter cependant que le jugement renforce le plus souvent la force obligatoire d'une obligation originale. De plus, le juge est tout entier lié par la loi : la force de vérité légale ne peut traduire que la volonté de la loi.

Le jugement est encore un acte susceptible d'être exécuté par la force, une fois "coulé en force de chose jugée". Ceci n'empêche évidemment pas qu'une exécution volontaire puisse survenir avant le recours effectif à la force. Pourtant, la *force exécutoire* de l'acte juridictionnel est généralement limitée aux mécanismes d'exécution forcée organisés par le Code judiciaire. Elle est de la sorte présentée comme étant toute entière conférée grâce au concours du pouvoir exécutif.

¹⁰ Mais dans ce cas, plusieurs noms différents seraient nécessaires pour faire état de privilèges distincts.

¹¹ Un "critère de rattachement", en réalité, pour les autres forces, puisque l'histoire permettra de sélectionner l'exécution forcée en tant que noyau dur et force de référence en ce qui concerne les privilèges étudiés. Un lien décisif avec l'exécution forcée sera donc requis pour le maintien de tout élément de définition dans leur escarcelle.

¹² Il ne faut pas perdre de vue que la notion d'acte administratif est à l'origine de la séparation des autorités administratives et judiciaires, au terme d'un long processus dont M. HAURIOU révèle un premier aboutissement : "L'acte, (...) muni de ses recours, est devenu le pivot de toute l'action administrative, l'administration elle-même s'est pliée à ce que toutes ses opérations et toutes ses démarches fussent décomposées en des actes produisant des effets juridiques qui puissent être attaqués dans certains délais, et elle s'est astreinte à marcher à pas comptés dans ses procédures, d'acte en acte, ne posant un acte nouveau que lorsque l'effet de l'acte précédent était produit, que les délais s'étaient écoulés sans réclamations ou que les réclamations étaient jugées. Tout s'est concentré sur l'acte, même les prérogatives de l'administration qui, à bien considérer les choses, se ramènent au privilège de l'exécution préalable par lequel se manifeste la vertu exécutoire de l'acte et au privilège de juridiction pour le contentieux créé par l'acte" (M. HAURIOU, *op. cit.*, 6^e éd., 1907, p. 384, extrait légèrement modifié jusqu'à la 11^e éd., 1927, p. 36).

¹³ Pour une étude de référence, voy. J. van COMPERNOLLE, "Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile", note sous Cass., 10 sept. 1981, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 241 à 272. L'auteur cite plusieurs contributions françaises et belges en note 7, pp. 243 et 244. Les effets de l'acte juridictionnel sont présentés, à l'instar de l'acte juridique en général, comme "une des questions les plus obscures du droit et l'objet d'incessantes controverses" (proc. gén. P. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 4 mars 1930, *Pas.*, 1930, I, 149). Dans le même sens : A. FETTWEIS, "L'effet obligatoire du jugement", note sous C.E., *Pirson*, n° 26.341, 9 avril 1986, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1987, p. 217, n° 1 et les auteurs cités en note 3; P. MAHAUX, "La chose jugée et le Code judiciaire", *J.T.*, 1971, p. 581.

¹⁴ P. GOTHOT, "Des conditions auxquelles une décision étrangère peut fonder, en Belgique, une exception de chose jugée", note sous Cass., 29 mars 1973, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 553 et s. À la connaissance d'A. FETTWEIS, l'arrêt *Pirson* cité à la note précédente serait le premier qui reconnaisse qu'un acte juridictionnel est d'abord une transformation de l'ordonnement juridique (*op. cit.*, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1987, p. 223, n° 10). Dans le même sens, *add.* P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : compétence judiciaire et effets des jugements dans la C.E.E.*, Paris, Jupiter, 1985, n° 247, p. 140 : "Son dispositif établit une norme, engendrant une situation juridique, qui constitue bien le centre de toute décision judiciaire".

Au jugement est finalement reconnue l'autorité de la chose jugée qui équivaut à un pouvoir spécifique de "certification du droit"¹⁵, à une "qualité de la vérification juridictionnelle préalable"¹⁶. Il s'agit de l'immuabilité de la constatation préalable faite par le juge lorsqu'il tranche un point de droit contradictoirement débattu devant lui et appuie son jugement sur cette constatation. Il y va d'une présomption d'exactitude irréfragable. L'étendue de l'autorité de la chose jugée a donné lieu aux recherches les plus approfondies, surtout en matière civile. Tel est également le cas en matières administrative ou constitutionnelle, dans lesquelles la difficulté est accrue par l'effet *erga omnes* des arrêts d'annulation qui déroge au principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée¹⁷.

118. Introduction aux différentes distinctions. "Le droit n'est vraiment fort que lorsqu'il se réalise pour ainsi dire tout seul", écrivait L. WODON en 1920¹⁸. La réflexion est pertinente. Mais elle permet de dénoncer en même temps toute la difficulté à percevoir la nuance qui sépare les différentes forces de l'acte juridique, d'ailleurs fréquemment confondues entre elles.

Selon l'étymologie latine, le terme "effet" - pris isolément - vient au demeurant d'*efficere* qui signifie exécuter, réaliser¹⁹. Les effets des obligations concernent donc tous, de manière absolue, leur réalisation, leur exécution. Toutes les forces sont donc en quelque sorte tournées vers la force exécutoire.

Pourtant, seule la force exécutoire est directement relative à l'exécution en tant que telle. Les deux autres forces en sont donc bien distinctes et, au sein même de la force exécutoire, il convient de distinguer différents modes d'exécution.

Néanmoins, les confusions sont nombreuses. L'exemple type est celui de la force obligatoire d'un acte, le *negotium*, très souvent assimilée à sa force probante matérialisée dans l'*instrumentum*. La cause en est toute simple, surtout en ce qui concerne la décision de justice. Leur auteur est le juge dans les deux cas²⁰. L'amalgame est également facile entre autorité de chose jugée et force obligatoire.

Dans les lignes qui suivent, seules les confrontations et articulations utiles pour l'étude des privilèges ont été retenues. Il s'agit surtout d'étudier les liens qui existent entre, d'une part, la

¹⁵ P. GOTHOT, *op. cit.*, R.C.J.B., 1975, p. 555.

¹⁶ J. van COMPERNOLLE, *op. cit.*, R.C.J.B., 1984, p. 250.

¹⁷ Y. LEJEUNE, "L'interprétation donnée par la Cour d'arbitrage à une règle de compétence s'impose-t-elle en dehors de l'espèce jugée ?", obs. sous C.E., Région wallonne, n° 29.692, 25 mars 1988, J.T., 1989, not. n° 5, pp. 288 et 289.

¹⁸ L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 184. Selon l'auteur, c'est une erreur grave de lier trop intimement l'idée du droit à l'idée de la contrainte finale qui doit en assurer la réalisation. "La plupart du temps, dans les pays civilisés, la contrainte juridique dernière ne se manifeste point d'une manière effective. Dans une organisation juridique, la nécessité de fréquents recours à la force est loin d'être un signe de force".

¹⁹ Le Nouveau Petit Robert, éd. 1995.

²⁰ A. FETTWEIS, *op. cit.*, Ann. Fac. dr. Liège, 1987, n° 9, p. 223.

force exécutoire et, d'autre part, respectivement la force obligatoire (A) et la force probante (B) de l'acte juridique.

I. Force obligatoire et force exécutoire

A. La distinction

119. Notions. La distinction entre forces obligatoire et exécutoire est particulièrement importante et significative pour la définition des privilèges, mais elle n'est pas suffisante. Une autre division doit être située par rapport à elle, parce qu'elle lui est sous-jacente. Il s'agit de la distinction entre exécution volontaire et exécution forcée. Elle vient compliquer la première parce qu'il est parfois soutenu, bien que cela soit controversé, que l'exécution volontaire d'une obligation se rattache à la force obligatoire d'un acte.

L'intérêt d'une obligation réside dans sa réalisation, sa matérialisation²¹. Avant de produire des effets, l'obligation doit toutefois exister : les conditions posées à son existence doivent être remplies. Telle est en quelques mots l'idée relativement simple qui départit la force obligatoire de la force exécutoire d'une obligation. Les deux notions évoluent sur des registres différents qu'il convient de distinguer²² sans pour autant les opposer²³. La force obligatoire concerne la création du droit, l'étendue et l'intensité du lien juridique qui se crée²⁴, tandis que la force exécutoire s'attache à la capacité d' "inscrire dans les faits"²⁵ le contenu de l'obligation. La force obligatoire vise l'inscription d'un acte dans le droit²⁶, la force exécutoire son inscription dans les faits²⁷ 28.

²¹ P. HÉBRAUD, "L'exécution des jugements civils", R.I.D.C., 1957, p. 170 : "La réalisation effective (matérielle) du droit doit être son but final". Add. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 1, n° 1.

²² L'amalgame est en effet facile car, au sens commun, la force obligatoire est celle qui est contraignante, forcée, indispensable, inévitable, nécessaire, ordonnée, requise (*Dictionnaire des synonymes*, Robert de Poche, Paris, 1989).

²³ L'antonyme de la force obligatoire est en effet plutôt la force facultative ou libre.

²⁴ L'acte a "force et effet de droit" selon C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 249.

²⁵ P. GOTHOT et D. HOLLEAUX, *op. cit.*, 1985, n° 247, p. 140. Il s'agit de "l'accomplissement en fait, la réalisation de ce qui a été convenu, délibéré, jugé ou ordonné" (C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 158), de la "mise en action" de ses dispositions (J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 370, note 1).

²⁶ De manière éloquent sur ce point, A. VANDER STICHELE distingue les décisions obligatoire et exécutoire en assimilant la force caractérisant la première à la notion de "rechtskracht", c'est-à-dire de force juridique, de force en droit (*op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748).

²⁷ H. DE PAGE, bien que souscrivant à la définition "positiviste" de la force exécutoire, assimile la force obligatoire des contrats au principe de la convention-loi consacré par l'article 1134 du Code civil. Le principe, selon l'auteur, "a un sens beaucoup plus profond" que "cette vérité banale qu'on doit honorer sa parole ou sa signature, et qu'en cas de manquement, le cocontractant qui en est victime a droit de poursuivre l'exécution forcée de l'engagement souscrit à son égard, que la loi a entendu formuler en disant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...) Il signifie que les parties contractantes, ayant librement et, de part et d'autre, sur un pied d'égalité juridique absolue donné à leurs engagements le contenu qu'elles estimaient convenable, en ont souverainement et définitivement apprécié l'utilité, déterminé la portée, et assumé

Les deux temps qui ponctuent la fonction de juger attestent l'existence de ces deux registres bien distincts : celui de l'obligation et celui de l'exécution. Le juge commence par fixer le droit du créancier, son fondement et son étendue, pour ensuite seulement en aborder l'exécution, la réalisation²⁹.

Avant le stade de la décision de justice, l'article 1134 du Code civil indique clairement que "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...)". On parle à cet égard de la *force obligatoire* des contrats, comme d'ailleurs plus généralement de la force obligatoire des engagements, en ce compris les engagements volontaires ou par déclaration unilatérale de volonté³⁰.

L'exécution de l'engagement, de son côté, semble faite de bon sens : ce n'est que si l'exécution *volontaire* fait défaut dans le chef du débiteur que le créancier devra recourir au juge pour en obtenir l'exécution *forcée*.

La réalité est assurément plus complexe de ce dernier point de vue. Elle offre un éventail de situations diverses qui résistent à la classification. Il est par exemple trop simple de n'envisager comme hypothèses que l'exécution volontaire ou l'absence d'exécution. L'exécution d'une obligation peut être incomplète ou inadéquate. Elle peut procéder de la mauvaise foi du débiteur. Elle peut aussi être devenue impossible, éventuellement à cause du créancier lui-même. L'inexécution d'une obligation apparente peut encore trouver son origine dans la bonne foi du débiteur. La contestation en justice est, le cas échéant, l'occasion pour lui de se défendre. Il s'agit d'un droit dans son chef, d'un corollaire à l'interdiction de se faire justice à soi-même. En somme, l'exécution (le paiement au sens large) est protéiforme. Ce n'est que si l'exécution de l'engagement de *bonne foi* fait défaut dans le chef du débiteur que le créancier devra recourir au juge pour en obtenir l'exécution.

Cela dit, l'exécution volontaire d'une obligation est susceptible d'intervenir même après la saisine du juge. Elle visera tantôt l'engagement à l'origine de la relation juridique, tantôt la décision de justice, dès le moment où elle est obligatoire et jusqu'à la réalisation *concrétisée* de son exécution forcée. Jusqu'à ce moment, en effet, l'exécution est formellement toujours

les risques; qu'en conséquence les conventions, dès l'instant où elles sont légalement formées, sont, *quant à leur contenu*, définitives, et ont, à cet égard, la même force obligatoire qu'une loi. Elles sont *intangibles*, et ne peuvent être ni *modifiées*, ni *révoquées*, sauf du consentement mutuel de ceux qui les ont conclues - *c'est-à-dire en vertu d'un nouvel accord de volontés* ou pour les causes que la loi autorise (art. 1134, al. 2)" (*op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 466, pp. 453 et 454). L'individu a ainsi pour "prérogative de pouvoir créer lui-même le droit" dans ses relations contractuelles avec les autres individus (H. DE PAGE, *op. cit.*, T. II, 3^e éd., 1964, n° 463bis, p. 444).

28 NGUYEN-VAN-BONG différencie la situation juridique (relativement théorique) de la situation de fait : *op. cit.*, 1960, p. 46.

29 H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 88, pp. 116 et 117. Certes, comme le relève F. RIGAUX, "Cette force exécutoire repose sur le caractère obligatoire de la décision auquel elle n'ajoute que la mise en œuvre de moyens matériels de coercition" (*Précis de droit international privé*, T. I, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, n° 215, p. 146). Mais elle en est bien distincte.

30 L'existence de l'obligation est, en matière contractuelle, subordonnée à l'échange de consentement. Au pire, en droit des obligations, la Cour de cassation considère que la personne peut s'engager par sa seule volonté. L'engagement d'autrui par l'expression de volonté unilatérale est, quant à elle, réservée à l'action administrative.

volontaire, même si sa spontanéité devient de plus en plus relative au fur et à mesure que l'on se rapproche de l'exécution forcée³¹.

B. Force obligatoire et exécution volontaire

120. Pour une distinction. Jusqu'ici, il a été sous-entendu que l'exécution volontaire d'une obligation relève de la force exécutoire de l'acte qui la contient. L'opinion n'est toutefois pas unanimement partagée. Et pour cause : sur une échelle du temps, exécution volontaire et force obligatoire coïncident le plus souvent. Elles sont donc parfois confondues. L'exécution volontaire, en particulier, est souvent ignorée³².

Chronologiquement, en effet, ce n'est "que si l'ordre adressé par le juge au débiteur n'est pas obéi que le créancier devra s'enquérir des moyens de faire exécuter cette décision contre le gré du débiteur condamné"³³. L'obligation originale subit un sort identique avant la phase judiciaire : le recours au juge est généralement motivé par le non-respect volontaire de ladite obligation. Dans les deux cas, l'exécution volontaire est instrumentalisée au profit de la distinction entre les forces obligatoire et exécutoire. Elle y perd, d'une certaine manière, son identité.

Pourtant, les deux notions sont très différentes. Elles méritent donc d'être distinguées. Pour être valable, l'exécution volontaire doit en effet se rapporter à une obligation préexistante. Ce qui

31 Dans le même sens, concernant l'exécution volontaire d'une obligation assortie d'une astreinte : P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 13.

32 C'est de cette manière qu'il faut comprendre les propos de P. WÉRY, par exemple, lorsqu'il écrit que "Conceptuellement, l'effet obligatoire du jugement et sa force exécutoire sont deux notions très différentes. Une chose est de condamner le débiteur à une somme d'argent ou à déguerpir des lieux qu'il occupe sans titre ni droit; autre chose est, en cas de désobéissance à cet ordre de justice, de pratiquer une saisie-exécution sur ses biens ou de procéder à son expulsion "*manu militari*" (L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire", *R.R.D.*, 1996, n° 5, p. 214; *add.* du même auteur, "Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne", in *C.U.P., Droit de la responsabilité*, 1996, p. 16, n° 3, note 16). De la sorte, l'exécution volontaire n'est pas oubliée. Mais elle semble aller de soi, sans doute parce qu'elle est la règle générale. Elle ne surgit que négativement, en cas de défaut. Elle semble étrangère à la force exécutoire d'un acte. Ce que confirment aussi les propos de P. HÉBRAUD lorsqu'il affirme que le terme "exécution" est employé dans notre droit "d'une manière extrêmement compréhensive" car "nous ne distinguons pas, comme dans certains vocabulaires étrangers, l'accomplissement de la prestation, volontairement fait par le débiteur lui-même, et l'exécution forcée", c'est-à-dire les deux versants principaux de "l'idée d'exécution" : l'idée de réalisation et l'idée de contrainte (*op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, p. 173). Ou encore les *Pandectes b.* lorsqu'elles affirment sous le terme "Acte exécutoire" qu'il faut y comprendre une signification différente de celle imposée par le langage ordinaire, à savoir "ce qui peut être exécuté". "Dans le droit une pareille locution serait éminemment impropre; on y dira simplement que le contrat est *obligatoire*, et il ne deviendra exécutoire que lorsqu'une décision de justice l'aura reconnu et consacré", et aura été revêue du mandement prescript (*Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte exécutoire", nos 1 et 1bis, col. 530 et 531; col. 532, n° 4ter, cependant, l'opinion inverse est exprimée en ce qui concerne les actes de l'autorité législative ou de l'autorité réglementaire).

33 P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 11, n° 4.3.

explique en même temps leur coïncidence : en règle, l'exécution volontaire intervient lorsque l'acte bénéficie de la force obligatoire³⁴.

À proprement parler, l'exécution volontaire³⁵ est néanmoins *consécutive* à la force obligatoire de l'acte plutôt qu'elle n'en relève directement. Le plus souvent, elle intervient à un moment où l'acte est "uniquement" ou "simplement" obligatoire, c'est-à-dire quand il n'est pas encore exécutoire de manière forcée. La réalisation concrète est en effet rarement simultanée à l'acquisition de la force obligatoire. Dans la toute grande majorité des cas, l'exécution volontaire diffère plus ou moins légèrement du moment précis où l'acte existe et devient obligatoire, parfois selon un mode convenu. Elle peut aussi avoir lieu en dernière extrême, jusqu'à la réalisation concrète du mode autorisé d'exécution forcée³⁶. En ce qui concerne les saisies, mode ordinaire d'exécution forcée organisé par le Code judiciaire, le débiteur condamné peut s'exécuter volontairement jusqu'à la vente des biens saisis.

121. Arguments. D'autres arguments viennent conforter le point de vue défendu.

D'abord, l'acte juridique obligatoire n'est pas dépourvu de conséquences propres, distinctes de l'exécution. Certes, l'acte appelle son respect par le débiteur. Mais ce dernier est d'abord juridiquement obligé ou tenu, ce qui n'est pas sans conséquences au plan de l'exigibilité. En revanche, l'exécution concrète ne relève pas de la force obligatoire de l'acte. Elle en est seulement la suite logique. Y compris lorsque l'exécution est volontaire.

Du point de vue étymologique, ensuite, il est paradoxal d'affirmer que l'exécution volontaire relève de la force obligatoire d'une obligation. En effet, le terme "exécution" dénote par rapport au terme "obligatoire". Sa parenté est plutôt celle de la force exécutoire qui vise un domaine distinct de la force obligatoire. En plus, d'après le dictionnaire, l'adjectif "volontaire" est l'antonyme du qualificatif "obligatoire"³⁷.

Néanmoins, il est souvent donné de lire en doctrine que l'exécution volontaire procède de la force obligatoire de l'acte. Une telle représentation favorise la confusion. Elle revient à mélanger les genres et à confondre les forces obligatoire et exécutoire de l'acte. On la trouve en droit privé, mais aussi en droit administratif, avec des conséquences très malheureuses en ce qui concerne la définition des privilèges, en particulier. Elle y développe en effet des vices de conception logique conduisant à se fourvoyer quant à l'existence de réels privilèges.

³⁴ La même coïncidence doit être relevée en cas d'exécution forcée, ce qui permet d'éviter tout préjugé quant à l'opposition éventuelle entre la force obligatoire et l'exécution forcée. En effet, l'obligation originaire ne perd pas sa force obligatoire au moment d'être exécutée par la force. Il est seulement requis, le cas échéant, que ladite force obligatoire ait été renforcée préalablement par l'intervention du juge.

³⁵ Il faudrait dire "l'exécutoire volontairement".

³⁶ Sauf à considérer le recours au juge comme la première étape du processus d'exécution forcée.

³⁷ Le *Nouveau Petit Robert* (éd. 1995), selon le sens commun. L'argument n'est toutefois pas décisif car l'exécution volontaire, au sens juridique, emporte l'obéissance, c'est-à-dire la soumission, à une obligation reconnue comme existante, et non la prestation spontanée, sans y être préalablement tenu.

122. Contre l'assimilation. L'assimilation des notions procède en réalité d'une conception chronologique ou procédurale du droit. Les forces obligatoire et exécutoire sont en effet calquées sur les deux temps qui ponctuent la réalisation d'un droit du point de vue du créancier. De manière schématique, il y a d'abord la force obligatoire, se suffisant à elle-même en cas d'exécution volontaire. Ensuite vient la force exécutoire nécessaire pour obtenir l'exécution forcée. La conception des privilèges en droit français n'est pas éloignée de ce schéma³⁸.

Une telle représentation n'est pas conforme à la réalité qui est plus subtile. La force exécutoire y est surtout conçue d'une manière étiquée. Elle est réduite à l'exécution forcée, c'est-à-dire au recours à la contrainte et à la force, stade ultime de la réalisation. Quant à l'exécution volontaire, elle est artificiellement rattachée à une autre force, la plus proche dans le temps, mais à l'évidence contre nature. Le double sens que peut revêtir l'obéissance, selon qu'elle est requise ou effective, permet alors de donner le change. La nuance est en effet mince entre devoir obéir et obéir concrètement³⁹.

Le raisonnement est particulièrement visible chez P. GOTHOT⁴⁰ selon lequel, à l'instar de nombreux auteurs, la force exécutoire de l'acte vise uniquement l'exercice d'"une contrainte matérielle, personnelle ou patrimoniale, pour inscrire dans les faits le modèle de comportement que la règle comporte". "Tenir compte d'une règle, la respecter, s'y soumettre, lui obéir, c'est-à-dire *exécuter* le commandement qu'elle comporte" procéderait, par contre, de sa force obligatoire. À noter que l'auteur utilise lui-même le terme "exécuter". Il témoigne très précisément du glissement opéré entre l'obligation d'obéir et l'obéissance concrète.

L'assimilation procède en réalité de l'idée même du droit. Car son efficacité, comme celle d'une obligation, est évidemment nulle en l'absence de sanction. Ce que stigmatise parfaitement l'expression de P. CATALA et F. FERRÉ selon laquelle l'exécution forcée "couronne les droits subjectifs qui, sans elle, ne seraient que des ombres"⁴¹. Il ne faudrait toutefois pas nier toute la dimension du réel, et notamment qu'"Un droit n'existe que si son titulaire manifeste la volonté de l'exercer"⁴².

À noter que, comme pour témoigner du risque de confusion, plusieurs auteurs en viennent, au fil de leur discours⁴³, à situer l'exécution volontaire et l'exécution forcée sur le même registre, alors précisément qu'ils semblaient assimiler l'exécution volontaire à la force obligatoire. H. DE PAGE, par exemple, écrit que "L'exécution forcée n'est que la conclusion normale de

³⁸ On verra en effet par la suite qu'en droit administratif français, les trois forces ont été mélangées à l'endroit des privilèges, dans une conception *contentieuse* globale liée à l'évolution procédurale de l'acte administratif.

³⁹ Comp. M. BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, T. I, 5^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1905, "Exécution parée", exécutoire, n° 1, p. 9 : "En droit civil, on nomme *exécution parée* celle à laquelle on doit obéissance en vertu de la force même du titre". On verra plus loin que le terme "obéissance" a également provoqué des confusions chez M. HAURIOU au moment de concevoir les privilèges (voy. *infra*, n° 173 et s.).

⁴⁰ P. GOTHOT, *op. cit.*, R.C.J.B., 1975, p. 557.

⁴¹ P. CATALA et F. FERRÉ, *Procédure civile et voies d'exécution*, Paris, P.U.F., 1976, p. 425.

⁴² H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 73, pp. 97 et 98.

⁴³ Au rang des expressions lourdes de sens, on peut signaler P. WÉRY selon lequel l'exécution forcée permet de "concrétiser la force exécutoire" d'une sentence en cas d'inexécution (*op. cit.*, 1993, p. 11, n° 4.3). G. de LEVAL, quant à lui, utilise l'expression "traduction concrète" à propos de l'exécution forcée des décisions administratives (*Traité des saisies (règles générales)*, Liège, Université de Liège, 1988, n° 238, p. 477).

l'obligation, tout comme l'exécution volontaire d'ailleurs. Par elle, l'obligation s'exécute, se remplit, *se paye*. Le droit du créancier de poursuivre l'exécution forcée de l'obligation souscrite à son profit est un corollaire essentiel et nécessaire du droit de créance, du droit d'obligation". Il faut en conclure qu'une conception extensive de la force obligatoire, incluant le phénomène de l'exécution volontaire, conduit en réalité à inclure également l'exécution forcée puisque "Le débiteur doit s'exécuter; c'est l'évidence"⁴⁴; que ce soit volontairement ou en y étant forcé. Autrement dit, il est inévitablement question de l'exécution d'un acte obligatoire au moment de déterminer sa force exécutoire.

En conséquence, n'est-il pas plus correct de distinguer l'exécution volontaire de la force obligatoire, et d'avancer que l'exécution, c'est-à-dire le paiement au sens large, a pour objet un phénomène juridique qui lui est lié, mais qui en est distinct, et qui consiste dans la promesse, dans ce que le débiteur a promis, ce à quoi il s'est astreint, obligé (*ob-ligare*) ?

Ce qui est valable pour l'exécution volontaire doit l'être également pour l'exécution forcée. Or, précisément, le pouvoir de contrainte trouve sa source dans l'engagement, c'est-à-dire dans le lien de droit. Mais sans que cela l'empêche d'en être dissociable, notamment parce qu'il n'est pas toujours nécessaire pour sa réalisation⁴⁵.

De même encore, sur un autre registre, mais toujours selon le même mode, il faut éviter l'amalgame entre la force obligatoire et l'obligation à laquelle elle se rapporte. En effet, la force obligatoire n'est qu'un aspect parmi d'autres des effets que l'obligation comporte. Au sens générique, le terme juridique "obligation" est d'ailleurs plutôt défini par *Le Nouveau Petit Robert* (1995) comme étant le lien de droit en vertu duquel une personne peut être contrainte de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Néanmoins, l'évocation d'un pouvoir de contrainte dans le chef du créancier, comme caractérisant l'obligation juridique par rapport aux autres sortes d'obligations⁴⁶, n'a pas pour but de réduire la force obligatoire à la contrainte elle-même.

Bref, de toute évidence, la création d'un lien de droit (reconnu par l'ordre juridique) précède tant l'exécution volontaire que l'ouverture des voies d'exécution à la suite d'une action en justice. Quant à la reconnaissance d'un effet obligatoire à un acte ou à un comportement⁴⁷, elle s'attache uniquement et précisément à déterminer si ce dernier peut créer des obligations. Et cela même si elle intervient postérieurement.

123. Exemple. Il convient de bien mesurer toute la nuance que peut comporter la distinction entre la force obligatoire et la force exécutoire dans la réalité, surtout lorsque l'on se rapproche de la frontière qui sépare les domaines respectifs. À cet égard, seul le critère de l'inscription d'un acte juridique dans le droit ou dans les faits confère à la distinction la précision souhaitée.

⁴⁴ H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 67, litt. A et B, p. 89.

⁴⁵ Dans ce sens : H. DE PAGE, *op. cit.*, T. II, 3^e éd., 1964, n° 437 et s., pp. 389 et s.

⁴⁶ Dans ce sens : S. STJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 689, n° 2.

⁴⁷ Il peut être la volonté d'une personne à elle seule ou encore la provocation d'une légitime confiance chez autrui : S. STJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, *J.T.*, 1996, n° 3, p. 690.

Un exemple utilisé par P. GOTHOT⁴⁸ permet de s'en rendre compte. Selon l'auteur, le remariage d'un époux divorcé par un jugement étranger n'est pas l'exécution de la décision étrangère de divorce, contrairement à ce que bon nombre d'auteurs prétendent. À son estime, on ne fait que tenir la décision étrangère pour une règle obligatoire. De la sorte, l'auteur a la ferme intention d'éviter de donner à la force exécutoire un sens si large qu'il en vient à couvrir tous les effets de l'acte, en particulier son effet obligatoire. Ce faisant, il exagère pourtant la portée de la force obligatoire et commet ainsi sur une autre force l'erreur qu'il voulait éviter. Car comment, en pratique, distinguer encore la force exécutoire de la force obligatoire s'il est permis à l'une de déborder sur l'autre ? À nouveau, une telle conception procède d'une conception étreinte de la force exécutoire, limitée au recours à la contrainte ou à la force, alors qu'elle peut très bien exister sans contrainte.

À cet égard, seule la définition proposée permet une démarcation nette entre les deux domaines respectifs, c'est-à-dire une représentation claire de la réalité. Effet obligatoire et effet exécutoire ne peuvent en effet plus se confondre dès lors que l'effet obligatoire est limité à l'inscription dans le droit.

La distinction entre deux degrés de force exécutoire permet aussi de nuancer un départ trop rigide entre l'effet obligatoire et l'effet exécutoire limité à l'exécution forcée. Tout acte est au moins susceptible d'avoir un effet exécutoire dès lors que l'adoption d'un comportement conforme audit acte peut être perçue comme l'exécution volontaire de son contenu, y compris lorsqu'il s'agit de poser un nouvel acte juridique. La définition permet ainsi de dépasser la force exécutoire comprise comme emportant nécessairement l'exercice d'une contrainte matérielle, personnelle ou patrimoniale. Elle permet de sortir de l'impasse en adoptant les différents points de vue d'un acte susceptibles d'exister, points de vue que la doctrine et la jurisprudence tentent précisément de distinguer en recourant aux notions d'effet obligatoire ou exécutoire.

Pour continuer avec l'exemple, sous l'angle de l'inscription dans les faits, la célébration matérielle d'un remariage constitue l'exécution "volontaire" ou spontanée du jugement étranger, comme d'ailleurs le fait pour l'un des divorcés de se comporter comme tel. À défaut d'exécution volontaire, l'un d'eux peut, en outre, être forcé à l'exécution au moyen de l'astreinte, voire par substitution. Mais uniquement, bien entendu, dans ce que le jugement comporte comme obligation dans son chef, et après avoir respecté les formalités requises pour recourir à l'exécution forcée. Car la réunion des deux formes d'exécution sous la force exécutoire ne signifie évidemment pas leur nécessaire confusion⁴⁹.

⁴⁸ P. GOTHOT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 557.

⁴⁹ En pratique, seule la deuxième forme d'exécution requiert en effet l'exequatur. Or, tel est bien l'enjeu du débat pour P. GOTHOT, qui ne justifie toutefois pas une confusion évitable. Ceci étant, il ne faut pas perdre de vue le lien étroit qui existe entre la force exécutoire de l'acte et son effet obligatoire. Car si l'inscription dans le droit, à défaut d'exécution volontaire, ne peut donner lieu à des mesures d'exécution forcée qu'après exequatur, seuls les actes comportant une obligation à charge d'un débiteur sont susceptibles d'exécution forcée ou d'exécution volontaire, quelle que soit la motivation ayant conduit à l'exécution.

contrainte ou de voies d'exécution forcée destinés à réaliser le contenu de la décision⁵⁷. Ce qui ne veut pas dire, il faut s'empresse de le préciser, qu'une fois la publicité réalisée, l'autorité administrative dispose de la force publique à sa guise !

Par contre, les mesures d'exécution concernées sont susceptibles d'être analysées comme une sorte d'exécution volontaire anticipée, dans certains cas. Ainsi en va-t-il de l'application volontaire, par l'administration, d'une norme non encore publiée, ne portant pas préjudice aux tiers et reconnaissant des avantages aux administrés⁵⁸. Certes, la question est controversée en doctrine⁵⁹ et dans la jurisprudence administrative⁶⁰ de savoir si le citoyen peut invoquer le

⁵⁷ Dans ce sens précis : C. HOREVOETS, *op. cit.*, C.D.P.K., 1998, p. 410; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 59 et 60 (d'où l'expression "efficacité première" pour la force exécutoire limitée : p. 403). Add. H. VAN EECKE, note d'obs. sous civ. Charleroi, 1er février 1955, R.J.D.A., 1955 (p. 150), p. 155 : encore faut-il respecter les règles du droit commun, sauf dérogation.

⁵⁸ Autrement dit, rien n'empêche celui qui connaît la loi de l'exécuter avant sa publication lorsqu'il ne blesse pas les droits des tiers. Dans ce sens précis, à partir de la jurisprudence de la Cour de cassation : C. HOREVOETS, *op. cit.*, C.D.P.K., 1998, p. 413.

⁵⁹ Les partisans ont tendance à soutenir sans nuance l'opposabilité d'une obligation dès l'existence de la norme (et de l'obligation); les opposants, à l'inverse, pas avant la publicité requise. La principale difficulté relevée par les derniers consiste dans l'application éventuelle de règles différentes selon l'invocation ou non par l'administré, ce qui serait au demeurant discriminatoire. Ce à quoi l'on peut rétorquer qu'en pratique le cas de figure généralement rencontré est l'application généralisée de la norme non publiée. Mais c'est une affaire de circonstances et, fondamentalement, cela ne change rien au point de vue strictement juridique. L'incohérence ou la discontinuité de la situation est évidente dès lors que l'administration ne pourrait plus se prévaloir de l'ancienne règle ni opposer la nouvelle. En l'occurrence, très difficile est en particulier la question de l'application partielle de la disposition, uniquement dans ce qu'elle procure comme avantages aux administrés, et non dans ce qu'elle comporte d'inconvénients, puisqu'elle ne leur est pas opposable. À l'analyse, il faut éviter les raccourcis et aborder la question sous un angle résolument pratique et social. Sans doute la publicité vise-t-elle l'opposabilité aux tiers dont l'autorité ne fait pas partie. Mais il y a une nuance entre l'opposabilité et l'exigibilité. Ainsi, il serait par exemple déraisonnable de soutenir l'exigibilité immédiate d'une obligation dans le chef de l'administration dans l'hypothèse où le texte incriminé dispose expressément d'une manière différente, par exemple par une entrée en vigueur différée. Or, en règle, l'entrée en vigueur d'une disposition est liée à sa publicité et à sa force obligatoire. En même temps, il est évidemment souhaitable d'éviter que l'administration ne s'estime subitement libre de tout engagement après avoir manifestement reconnu des droits aux administrés avant la publicité requise, sans avoir fait état de l'absence de publicité, parfois même en recourant à un mode de publicité différent, voire après avoir procuré une application prolongée au texte incriminé sans jamais assurer la publicité requise. Telle semble avoir été la préoccupation déterminante de la Cour de cassation, parfois partagée par le Conseil d'État, comme relaté aux notes qui suivent. Il semble toutefois que les hautes juridictions auraient pu parvenir au même résultat en utilisant d'autres moyens juridiques, tels l'adage *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*, l'abus de droit, la légitime confiance ou plus simplement la responsabilité. Le dispositif de l'article 190 de la Constitution s'en serait certainement mieux porté. *Pro* : J. MASQUELIN, obs. sous Bruxelles, 1er juillet 1952, J.T., 1953, pp. 39 à 41, arrêt rendu sur réouverture des débats ordonnée par Bruxelles, 19 avril 1952, J.T., 1952, p. 315 : pour l'auteur, l'obligation naît dans le chef de l'autorité avec la seule volonté de se lier; par ailleurs, seuls doivent être publiés, selon lui, les arrêtés de nature à acquérir force obligatoire contre les individus, c'est-à-dire ceux qui sauraient, par la nature de leurs dispositions, former la base d'un contrainte; P. DE VISSCHER, "La promulgation, la signature et la publication des textes législatifs en droit comparé", dir. J. B. HERZOG et G. VLACHOS, Paris, Éd. de l'Épargne, 1961, p. 55 : lorsque l'administration en a fait elle-même application au bénéfice du citoyen; G. VAN BUNNEN, "De la publicité à donner aux arrêtés royaux et ministériels", R.J.D.A., 1971, pp. 249 à 263, ici pp. 254 et 255, ad : "l'exécution ou l'application ainsi faites en faveur des intéressés implique une reconnaissance des droits de ceux-ci qui ne permet plus de les en priver et oblige donc l'administration envers eux" - "l'autorité a manifesté sa volonté de l'appliquer"; H. VAN EECKE, note d'obs. sous civ. Charleroi, 1er février 1955, R.J.D.A., 1955, p. 148, ici p. 149 (jugement) ainsi que pp. 152 et 153 (note) : "La publication n'est à cet égard qu'une condition d'opposabilité, non d'exécution" (p. 153); P. WIGNY, *op. cit.*, 1962, n° 212, p. 162, idr : "une décision exécutoire de l'administration est directement opposable par tous les particuliers à

bénéfice de cette norme dans cet état. Or, tel est bien l'intérêt pratique en jeu. Néanmoins, la Cour de cassation en a tiré une règle intéressante lorsque l'administration prétend soudainement revenir sur cette "exécution volontaire". À plusieurs reprises, en effet, elle a reconnu l'existence d'une obligation dans le chef de l'autorité, et dont le citoyen peut se prévaloir. Dans pareille hypothèse, toutefois, il semble que l'obligation concernée trouve sa source dans un autre acte que la norme non publiée, voire dans le comportement confirmé de l'administration⁶¹, c'est-à-dire, en définitive, dans une exécution volontaire relativement durable l'engageant elle ou sa responsabilité.

La question de l'exécution volontaire par l'administré est plus difficile puisque celui-ci est tiers à l'acte, en principe, en l'absence de publication⁶². N'est-elle toutefois pas envisageable dès la promulgation ou la signature, selon le cas, lorsque le particulier a eu connaissance de l'acte et que son exécution volontaire est certaine, sauf le cas d'erreur ? À condition toutefois, au minimum, qu'il ne soit pas porté préjudice aux intérêts des "autres" tiers. Tout dépend donc, en pratique, des circonstances de la cause.

l'administration elle-même en vertu de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*. *Contra* : *Pandectes belges*, 1893, "Force obligatoire", col. 93, n° 23; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 63 et 64. Neutre : C. HOREVOETS, *op. cit.*, C.D.P.K., 1998, pp. 412 et 413.

⁶⁰ Cons. P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 65 à 70; C. HOREVOETS, *op. cit.*, C.D.P.K., 1998, pp. 412 et 413.

⁶¹ Dans les deux arrêts du 5 janvier 1956 déjà cités, la Cour de cassation souligne ainsi que le demandeur pouvait valablement assurer aux défendeurs le bénéfice des dispositions de l'arrêté régulièrement pris et signé, mais non publié, "en en faisant application envers eux du fait de leur engagement, aux conditions que l'arrêté instituait, et sans que cette application lésât les droits des tiers". La Haute juridiction précise aussi qu'en l'espèce, le texte de l'arrêté avait été porté à leur connaissance avant leur engagement et qu'ils avaient été rémunérés un temps considérable (environ deux ans) conformément à cet arrêté. Pour la Cour, le moyen manque donc en droit selon lequel l'arrêté ne conférerait aucun droit susceptible de servir de fondement à une action en justice. Car aucune disposition légale n'autorisait l'administration à priver les intéressés, en tout ou en partie, des droits qu'il leur avait valablement reconnus. Le même raisonnement est tenu dans d'autres décisions, lorsque l'enjeu du litige est tel, avec des variations dans l'application ou le comportement valant reconnaissance ou attribution de droits : Cass., 29 janvier 1959 (fondement répété pour l'établissement d'états de paiement réguliers pendant de longues années et référence expresse aux textes par d'autres dispositions) (à noter que la Cour prend la peine de préciser l'absence d'allégation selon laquelle la mesure ait lésé des droits de tiers). Add. civ. Charleroi, 1er février 1955, R.J.D.A., 1955, p. 148 et note d'obs. H. VAN EECKE, ici p. 149 (diffusion "officieuse" d'un règlement, et application constante et explicite des dispositions). Comp. une application relevée et comparable par le Conseil d'État : C.E., Conseil supérieur des œuvres nationales des victimes de la guerre, n° 10.606, 12 mai 1964, R.A.C.E., 1964, p. 429 (application de barèmes non publiés mais, il est vrai, n'intéressant pas la généralité des citoyens). Add. aussi P. DE VISSCHER, in *La promulgation* ..., *op. cit.*, 1961, p. 55 et G. VAN BUNNEN, *op. cit.*, R.J.D.A., 1971, pp. 254 et 255, points de vue précités.

⁶² Comp. J. MASQUELIN, *op. cit.*, J.T., 1953, p. 41 : "Dès l'instant où la puissance publique édicte une règle qui la lie elle-même en vertu de sa propre volonté et dès l'instant où cette volonté de se lier est née, l'obligation elle-même est née et la publication n'est, à cet égard, nécessaire que pour faire connaître cette volonté à ceux qu'elle intéresse, mais non pas pour faire naître l'obligation. Dans le chef de l'individu, au contraire, l'obligation que la volonté de la puissance publique lui impose ne naît que par la connaissance qui est censée lui en être donnée par la publication".

C. Force exécutoire et exécution forcée

126. Pour une distinction. Le souci d'éviter l'assimilation de l'exécution volontaire à la force obligatoire de l'acte juridique conduit inévitablement à réintégrer la première au sein de la force exécutoire. En conséquence de quoi il convient de renoncer à assimiler la force exécutoire à l'exécution forcée. Il est pourtant tentant d'assimiler les notions, car elles sont forgées à partir des mêmes concepts. Ce qui, il faut le préciser, est largement le cas en doctrine, dans les textes et en jurisprudence.

À la réflexion, pourtant, rien au plan conceptuel ne semble les prédéterminer de la sorte. *A priori*, c'est même aller contre nature que d'assimiler les deux termes puisque seul le second est assorti d'un qualificatif (l'exécution *forcée*). Ils relèvent donc de champs lexicaux différents. Sauf évidemment à assimiler le terme "force" au qualificatif "forcée", mais c'est alors raisonner en dépit du bon sens.

Logiquement, il peut donc être considéré que, d'un côté, la force exécutoire se rapporte à l'exécution dans son ensemble, tandis que, de l'autre côté, l'exécution forcée est un mode particulier d'exécution, très précisément destiné à remédier à la résistance illégale d'un obligé.

En poussant le raisonnement plus loin, l'assimilation de la force exécutoire à la seule exécution forcée conduit d'ailleurs à nier toute force exécutoire aux obligations qui n'en sont pas susceptibles, soit parce qu'elle n'a pas été autorisée, soit parce qu'elle est impossible par nature, telle l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire, sauf évidemment à considérer l'astreinte et le remplacement ou la substitution comme un mode d'exécution forcée.

Bref, on peut écrire, en paraphrasant H. DE PAGE⁶³, que l'exécution est le genre dont l'exécution volontaire et l'exécution forcée ne sont que les espèces. Aucun argument ne justifie *a priori* une attitude différente en ce qui concerne la force exécutoire.

À suivre ce raisonnement, l'intensité de la force exécutoire d'un acte est susceptible de varier en importance selon le mode autorisé d'exécution. Elle est d'autant plus forte que le mode autorisé est radical et, pour prendre l'exemple de base, lorsque l'exécution permise est de type forcé plutôt que seulement volontaire. Autrement dit, s'il est permis de recourir à l'exécution forcée d'une obligation, sa force exécutoire est grande parce que les chances de réalisation de l'obligation sont importantes. Toutefois, même au stade de l'exécution forcée en passe de se réaliser, l'exécution volontaire peut encore avoir lieu⁶⁴. Elle ne deviendra réellement forcée que par le recours concret au mécanisme de la saisie ou à un instrument comparable⁶⁵. Tout en sachant pertinemment bien que, sauf imprévu comme l'insolvabilité, l'intérêt bien compris à

⁶³ H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 64, p. 86.

⁶⁴ Même si le but de la mise en demeure préalable, exigée dans la majorité des cas en droit civil et consistant dans la notification au débiteur par le créancier de son intention de poursuivre sa créance, est de permettre au débiteur, jusqu'ores non encore inquiété, de s'exécuter ensuite de la sommation (H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 75, pp. 102 et 103).

⁶⁵ C'est-à-dire un mécanisme lié à la force exécutoire de l'acte juridique.

s'exécuter volontairement est réel ou non dans le chef du débiteur selon l'éventualité ou non d'une exécution forcée et qu'il grandit au fur et à mesure que l'on se rapproche du stade ultime.

Il importe également de réaliser que les deux volontés à l'origine de l'obligation initiale continuent d'intervenir au stade de l'exécution qui est en quelque sorte volontaire ou non dans le chef du débiteur, mais aussi poursuivie ou non par le créancier. En effet, l'exécution comme telle procède toujours de la volonté du bénéficiaire seulement reconnu comme étant en mesure de réaliser le commandement exprimé par le juge, au besoin par le recours à la contrainte, c'est-à-dire en faisant appel à un huissier de justice accompagné, le cas échéant, de la force publique. La réalisation de l'acte est également fonction, jusqu'au stade de l'exécution forcée, de la volonté de l'obligé qui, s'il s'exécute volontairement, échappera de la sorte à la force publique. On se rappelle, à cet égard, que le terme "exécutoire", pris dans son sens juridique premier, qualifie "ce qui doit être mis à exécution, qui donne pouvoir de procéder à une exécution"⁶⁶. L'adjectif est à double sens. Il s'adresse tant au débiteur obligé qu'au créancier investi.

127. La source de l'assimilation. La confusion entre l'exécution forcée et la force exécutoire, de même que le rapprochement inutile autant qu'indésirable entre les deux distinctions précitées, trouve en réalité sa source formelle dans le droit judiciaire. L'assertion est importante car la même confusion se retrouve dans de nombreux domaines, y compris en droit administratif, à l'endroit notamment des privilèges.

Le jugement est en effet considéré par le droit judiciaire comme "obligatoire" dès qu'il est définitif, c'est-à-dire dès qu'il a l'autorité de la chose jugée, à partir du moment où le juge épuise son degré de juridiction. Le jugement ne devient "exécutoire", sans autre précision, qu'une fois coulé en force de chose jugée, les voies de recours étant épuisées ou n'ayant pas été utilisées. Il est alors revêtu par le greffier de la formule du même nom⁶⁷. À cette occasion, il est matérialisé par l'expédition du jugement, généralement commandée et retirée par son bénéficiaire. Dès ce moment, il peut être procédé à l'exécution matérielle, qui "concrétise la force exécutoire"⁶⁸, par l'intermédiaire de l'huissier de justice, accompagné au besoin des forces de police.

Aussi, lorsque le législateur vise les "voies d'exécution" à la cinquième partie du Code judiciaire, il règle uniquement l'exécution forcée⁶⁹. Il est de la sorte imprécis et prête à confusion⁷⁰. À l'instar de l'ancien Code de procédure civile, il impose aux termes exécution et

⁶⁶ *Le Nouveau Petit Robert* (éd. 1995). La formule exécutoire y est définie comme "donnant à certains actes la force exécutoire".

⁶⁷ À noter que dans les cas d'absolue nécessité, le juge des référés ou la Cour peuvent ordonner l'exécution de l'ordonnance ou de l'arrêt rendus en référé sur la minute même (article 1041, alinéa 2 du Code judiciaire).

⁶⁸ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 11, n° 4.3.

⁶⁹ Il en va de même des articles contenus dans la partie indiquée. L'article 1386 indique ainsi que "Nul jugement ni acte ne peuvent être mis à exécution que sur production de l'expédition ou de la minute revêtue de la formule exécutoire déterminée par le Roi" (idr). L'article 1387 établit que "Aucun acte d'exécution ne peut avoir lieu entre neuf heures du soir et six heures du matin (...) (idr). Etc.

⁷⁰ Certaines institutions du droit judiciaire ont été longtemps et sont encore influencées par l'ambiguïté du terme "exécution" lorsqu'il n'est pas précisé, telles l'astreinte et l'exequatur. C'est en effet la raison pour laquelle I. MOREAU-MARGRÈVE, en particulier, est d'avis que, contrairement à une idée répandue en doctrine et dans la

exécutoire une définition restreinte aux voies d'exécution réglées par cette partie du code, c'est-à-dire à l'idée de sanction. La représentation est devenue générale en droit et ailleurs, jusque dans les dictionnaires de la langue française qui en font écho⁷¹. Mais faut-il pour autant suivre coûte que coûte cette terminologie ?

À vrai dire, le code recèle d'autres approximations. Par exemple, l'intitulé du titre III de la cinquième partie du Code judiciaire traite "Des exécutions forcées". En réalité, le titre n'épuise pas le phénomène puisqu'il est quasi exclusivement consacré aux saisies-exécutions qui sont les voies d'exécution des seules condamnations pécuniaires⁷², même si elles sont aujourd'hui "la forme normale d'exécution forcée"⁷³. D'ailleurs, le siège de la matière de l'exécution au sens large se trouve dans le Code civil plutôt que dans le Code judiciaire qui "se contente" de compléter le premier. Or, le Code civil conçoit naturellement l'exécution ou le paiement de manière beaucoup plus large que le Code judiciaire focalisé, quant à lui, sur la décision judiciaire.

En conséquence, et comme le bon sens commande de préférer la précision à l'ambiguïté, l'habitude doit être prise de préciser sa pensée. À défaut de précision, la force exécutoire devrait logiquement désigner la valeur contraignante globale de l'acte. En ce qui concerne le jugement, il est donc exécutoire dès qu'il est rendu : il peut y être acquiescé volontairement dès ce moment⁷⁴. La force exécutoire limitée à l'exécution volontaire de la décision non coulée en force de chose jugée s'explique essentiellement par la valeur encore contestable de la vérification par le tribunal de l'existence de l'obligation préalable, et ce tant que les voies de recours organisées peuvent être empruntées⁷⁵.

jurisprudence, l'astreinte n'est pas un moyen de forcer à l'exécution. Il s'agit plutôt de promouvoir l'exécution volontaire de l'ordre adressé par le juge. L'ambiguïté proviendrait de l'assimilation généralisée de l'expression "exécution" à celle d'"exécution forcée", assimilation qu'il convient précisément d'éviter au moment d'aborder l'astreinte. L'auteur distingue ainsi l'exécution en nature selon qu'elle est effectivement volontaire ou forcée et elle appelle les auteurs à préciser à l'avenir leurs écrits pour dissiper toute ambiguïté. À son avis, toutefois, le procédé de l'astreinte est lié à la force obligatoire du jugement plutôt qu'à sa force exécutoire, précisément à travers l'exécution volontaire. Il affermit l'*imperium* des juges, particulièrement quand leurs injonctions ne sont pas susceptibles d'exécution forcée. L'intérêt pratique d'une telle conception doit être bien compris : de la sorte, l'exigibilité de l'astreinte a lieu et se maintient malgré l'exercice d'une voie de recours contre un jugement non exécutoire par provision. Par contre, il ne peut pas être procédé à l'exécution forcée de l'astreinte tant que le créancier n'a pas de titre exécutoire. Voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, "Principes généraux", in C.I.E.A.U., *Dix ans d'application de l'astreinte*, Actes de colloque, Bruxelles, Créadif, 1991, pp. 12 à 18, surtout pp. 13 et 14; du même auteur, *op. cit.*, *Ann. Fac. Droit Liège*, 1982, pp. 38 à 59, surtout 54 à 59.

71 Selon *Le Nouveau Petit Robert* (éd. 1995), la force exécutoire d'un acte est la "qualité qui impose ou permet le recours à la force publique pour en assurer l'exécution". Comme tous les échos, le dictionnaire déforme la réalité. Car l'illustration qui suit indique que les lois, règlements, décrets, de même que les jugements rendus en France ont force exécutoire. Or, on verra plus loin que la seule qualité de loi, de règlement ou de décret ne suffit pas à permettre le recours à la force pour exécuter son prescrit.

72 P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 3, p. 7 et n° 5, pp. 18 et 19.

73 H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 165, p. 194.

74 Côté force obligatoire, il se fait que la décision est obligatoire ou que l'obligation originaire est renforcée, selon le cas, au même moment.

75 Les uns diront que l'arrêt prononcé en appel donne une force accrue au jugement confirmé; d'autres soutiendront le même effet, mais à l'obligation initiale; d'autres encore prétendront que la force obligatoire de l'arrêt lui est propre.

128. Le mérite de la distinction. La représentation d'une force exécutoire à intensité variable a le mérite de rejoindre la réalité du droit de l'exécution.

En effet, le pouvoir d'injonction du juge et l'effet obligatoire inhérent à sa décision sont des "préalables obligés" à toute exécution forcée. Telle est une des principales conséquences de l'État de droit caractérisé par l'interdiction pour le justiciable de se faire justice à lui-même. La force obligatoire de l'engagement se trouve renforcée par le jugement déclaratif⁷⁶ de l'existence d'un droit. Le jugement confère de la sorte au droit préexistant du créancier une "certitude" qui lui faisait défaut tant que la contestation n'était pas vidée⁷⁷. La décision est surtout, pour lui, la source d'une "énergie accrue"⁷⁸. Celle-ci s'exprime à travers le pouvoir d'injonction consécutif que possède le juge, mais dont l'objet est l'obligation initiale, qu'elle soit légale, contractuelle ou volontaire⁷⁹. La force obligatoire de cette obligation trouve ainsi son prolongement dans la force obligatoire de l'injonction du juge : la première est consacrée par la seconde. Bref, il y a dans ces principes une progression dont il convient de rendre compte.

Or, la même idée traverse la force exécutoire. Si la décision du juge ne fait pas l'objet d'une voie de recours dans le délai fixé, elle devient "exécutoire", pour autant bien sûr qu'elle ne le fût pas par provision⁸⁰. La force de chose jugée dans laquelle la décision judiciaire est coulée coïncide donc généralement avec l'ouverture⁸¹ des voies d'exécution forcée au créancier, que ce soit d'ailleurs en nature ou par équivalent, concernant des obligations de donner ou de faire et de ne pas faire. La pression monte à ce moment. Mais l'exécution forcée n'est pas la seule issue ni pour le créancier, ni surtout pour le débiteur. L'exécution peut encore être volontaire. Elle peut l'être à tout moment de la procédure, jusqu'à l'exécution matérielle de manière forcée, ce qui arrive souvent en pratique⁸². Le créancier peut aussi choisir, pour des raisons personnelles, de ne pas recourir à l'exécution forcée.

76 Par distinction avec le jugement constitutif d'un droit. En ce qui concerne les privilèges, ou plutôt leur opposé, sont principalement visés les jugements condamnant à exécuter des obligations.

77 P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 4.4, p. 12. L'expression permet de souligner que le jugement déclaratif n'est pas novatoire. Il y va d'une vérification qui conduit ou non à l'autorisation de procéder à l'exécution forcée. Voy. P. GOTHOT, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1975, p. 544. Add. P. HÉBRAUD, *op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, pp. 173, 177 et 178, pour qui l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire (au sens fort de l'expression) constituent les éléments nouveaux du droit reconnu (il n'y a donc pas un nouveau droit) dont ils ne modifient cependant pas le titre (sur lequel s'appuie le jugement); ceci même si ordinairement, après le jugement, l'on fait reposer sur l'autorité de la chose jugée la valeur juridique et les conséquences du droit autrefois litigieux. En somme, "Le jugement est lui-même un acte d'exécution du droit" (p. 179, et p. 173). Comme tel, il peut comporter des mesures accessoires ou complémentaires, juridiques ou matérielles, procédant des pouvoirs propres du juge, et destinés à permettre l'exécution effective dans ce processus d'ensemble parfois complexe de réalisation du droit (selon le développement naturel des conséquences dudit droit et les modalités appropriées en fonction de lui).

78 A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1987, n° 358, p. 265. Dans ce sens, le jugement ne se borne pas à constater un droit préexistant, même s'il est un acte déclaratif.

79 L'obligation purement judiciaire n'existe donc pas en droit positif. Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 4.4, p. 13.

80 En pareil cas, le créancier peut exécuter la décision à ses risques et périls dans l'intervalle des voies de recours (art. 1398, al. 2 du Code judiciaire).

81 En effet, l'initiative de l'exécution incombe à nouveau au créancier une fois la décision judiciaire rendue, qui lui "ouvre" seulement les voies d'exécution.

82 Il n'est pas rare de voir le débiteur sortir son chéquier à l'appel du rôle, le jour de l'audience. Il est surtout plus fréquent que le débiteur s'exécute volontairement sous la menace du titre exécutoire (H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 88, p. 117, note 2). Au stade de l'exécution forcée matérielle, avant d'y procéder, l'huissier

Lorsqu'à ce moment précis l'exécution est "volontaire"⁸³, parce que la force n'a pas été utilisée, il est évidemment malaisé de la qualifier comme telle, ou encore de déterminer si elle relève ou non de la force exécutoire du jugement comprise comme autorisant l'exécution forcée. Dans les deux cas, il s'agit pourtant bien d'une force exécutoire. Comme son nom l'indique, il s'agit de conduire à l'exécution du jugement, de préférence en évitant jusqu'au bout de recourir à la force.

En d'autres termes, la force exécutoire ne se mesure pas en fonction d'une quantité déterminée de force déployée pour obtenir l'exécution. L'intimidation peut suffire par la simple perspective des voies d'exécution forcée, voire de modes alternatifs⁸⁴. Tant que le jugement n'est pas exécutoire de manière forcée, des voies de recours subsistent d'ailleurs pour le débiteur défaillant qui peut encore triompher et qui, même s'il capitule, a généralement contesté de bonne foi, convaincu qu'il était d'avoir raison⁸⁵. La contestation n'est pas encore vidée une fois pour toutes, même si le jugement est définitif au sens du Code judiciaire. À ce stade, seul le juge saisi a épuisé son pouvoir de juridiction. Dans l'intervalle, il est donc raisonnable de ne reconnaître au jugement qu'une force exécutoire limitée au mode d'exécution volontaire.

Dans un même ordre d'idées, encore, il ne faudrait pas perdre de vue qu'avant toute intervention du juge, le débiteur peut exécuter volontairement l'obligation à laquelle soit il s'est engagé par déclaration unilatérale ou bilatérale de volonté, soit il est tenu par la loi. Dans ce cas, on parlera aussi de la "force exécutoire de l'obligation". L'exécution forcée de l'obligation ne peut pas être obtenue à ce stade, sauf peut-être le cas particulier d'une obligation consentie par acte authentique, encore que la question soit controversée selon la nature de l'obligation concernée. Dans les autres cas, l'exécution forcée nécessite l'intervention préalable du juge, déclarative et d'injonction. En attendant, la force exécutoire de l'obligation est en quelque sorte limitée "dans l'intérêt d'une bonne justice". Mais elle existe tout de même par la faculté de s'exécuter volontairement. Tel est précisément le sens que lui donne le Code civil. L'exécution comme telle de l'obligation s'y apparente au paiement au sens large, c'est-à-dire à l'exécution en principe volontaire des obligations. Cela mis à part quelques dispositions qui organisent, sans répétant dans le Code judiciaire, l'exécution forcée des obligations non pécuniaires.

signifiera au préalable (!) le jugement au débiteur succombant pour le porter à sa connaissance et dans l'espoir, sans doute le dernier à ce stade, d'une exécution volontaire. On le voit, le droit répuge à l'utilisation ultime de la force, espérant jusqu'à l'extrême emporter l'adhésion, sinon le fair-play des parties.

⁸³ Selon H. DE PAGE, si les parties sont d'accord sur l'inexécution et ses conséquences quant aux droits des créanciers, il y a exécution volontaire même si le débiteur autorise son créancier à faire vendre ses biens, ou à prendre telle ou telle mesure, directe ou indirecte, d'exécution; même si l'exécution se fait par équivalent (*op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 88, p. 117 et note 1).

⁸⁴ Moins que la contrainte sur la personne, encore que si la contrainte sur les biens procure dans bon nombre de cas l'obtention de son dû, c'est parce qu'elle s'en rapproche de manière considérable. Toute contrainte est avant tout un moyen d'intimidation, de pression, une menace qui, à raison de sa gravité, incitera le débiteur à s'exécuter (comp. H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 155, p. 187).

⁸⁵ Selon H. DE PAGE, "Il y a presque toujours un litige, en un point quelconque, sur le droit à l'exécution (principe, modalités, étendue, etc.)" (*op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 88, p. 117). Les cas d'"exécution imputable" seraient rares même s'il arrive en pratique "que des débiteurs se laissent assigner (et même condamner par défaut pour faire opposition ensuite) sans qu'il y ait contestation sur le droit, mais uniquement pour retarder l'exécution ou solliciter termes et délais" (*ibidem*, n° 88, note 2, pp. 116 et 117).

129. Solution. En somme, la force exécutoire ne peut pas être limitée au "droit d'exécuter un titre avec l'aide, s'il échet, de la force publique"⁸⁶. L'exécution forcée est une forme de l'exécution à distinguer de l'exécution volontaire au sein même de la force exécutoire, à l'instar de l'exécution en nature ou par équivalent que les auteurs différencient à propos de l'exécution forcée⁸⁷.

En conséquence, il paraît préférable de se départir à l'avenir de l'attitude générale qui consiste à conserver l'expression force exécutoire sans autre nuance, après l'avoir critiquée et en avoir restreint le sens à la force particulière d'une décision ou d'un acte susceptible d'exécution forcée. Une telle attitude conduit tôt ou tard à la résurgence de l'ambiguïté, une fois le terme sorti de son contexte. Comme telle, la force exécutoire est susceptible de se rapporter tant à l'exécution volontaire d'un acte qu'à son exécution forcée. Pour être conséquent, son sens restreint commande une expression nouvelle, par exemple celle de force exécutoire *renforcée*⁸⁸, *particulière*, *accrue* ou encore au sens fort du terme ou *au sens du Code judiciaire*⁸⁹, à défaut de pouvoir parler de "force exécutoire forcée". L'exécution volontaire procède, quant à elle, d'une force exécutoire *limitée* ou *ordinaire*, dans un système centré autour de l'interdiction absolue de toute justice privée.

D. L'intérêt de la distinction

130. Vers des concepts plus précis. Il reste alors l'essentiel : montrer l'intérêt de la distinction en ce qui concerne les privilèges. De prime abord, la classification peut en effet paraître vaine, abstraite et théorique, voire anachronique. Elle n'est pourtant pas dénuée d'intérêt. Elle est même cruciale pour la suite de la démonstration. Elle permet d'être plus précis dans la définition des privilèges.

Dans ce sens, il peut d'abord être avancé que le sens galvaudé du terme "exécution" est à la source et au cœur de l'imprécision véhiculée en droit administratif par les concepts de "décision exécutoire", de "privilège de l'exécution d'office", voire même de "privilège du préalable". Inutile de mentionner que cette imprécision est elle-même à l'origine d'interminables

⁸⁶ I. MOREAU-MARGRÈVE, in C.I.E.A.U., *op. cit.*, 1991, p. 14.

⁸⁷ H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, n° 63 et s., pp. 121 et s., titre A. La distinction peut également être faite à propos de l'exécution volontaire.

⁸⁸ L'expression est souvent utilisée à propos des autres forces de l'acte. On parle ainsi de l'acte authentique comme jouissant d'une force probante "renforcée" (M. FONTAINE, *Droit civil : obligations*, T. I, Faculté de droit de Louvain, 1990, p. 237, n° 721), "supérieure" ou "particulière" (N. VERHEYDEN, *Droit de la preuve* (précis), Larcier, Bruxelles, 1991, p. 195, n° 400 et 401), "exceptionnelle" (R. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve* (Rép. not.), 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 136, n° 92), ou encore de force obligatoire renforcée à propos d'une obligation confirmée par jugement (voy. *supra*, note 77). Relativement à la force exécutoire de l'acte notarié, G. de LEVAL et C. REMON ont respectivement utilisé les qualificatifs "consolidée" par le contrôle du juge (note sous Cass., 23 mai 1991, *Actualités du droit*, 1991, pp. 783 et s.) ou "judicialisée" par la procédure particulière dans laquelle l'acte s'inscrit (*op. cit.*, 1993, p. 67).

⁸⁹ L'expression est techniquement correcte même si l'on sait que le droit commun de l'exécution figure avant tout et au moins partiellement dans le Code civil. En effet, la force exécutoire au sens large est précisément celle du Code civil. Le Code judiciaire l'envisage uniquement, quant à lui, sous l'angle de l'exécution forcée.

controverses dont l'intérêt est d'ailleurs très limité dès lors qu'elles reposent sur une erreur de langage, c'est-à-dire sur une incompréhension réciproque. La distinction permettra d'y mettre de l'ordre. D'autant que l'exécution administrative concerne l'exécution volontaire pour une bonne part de l'activité considérée. Une correcte appréhension du phénomène doit ainsi permettre d'éviter des vices logiques comparables à ceux rencontrés en droit privé; en particulier dans la conception de la force obligatoire de l'acte administratif et du privilège qui paraît y avoir été identifié.

Il faut ensuite attirer l'attention sur la nécessité de rattacher les privilèges à une force déterminée de l'acte administratif, sous peine de se disperser. À défaut, l'impression s'en trouverait confirmée selon laquelle les privilèges ne sont pas définis pour eux-mêmes, mais procèdent de la description du régime administratif dans son ensemble, c'est-à-dire, en fin de compte, du privilège de juridiction en particulier. Inutile de cacher que tel est le cas en l'espèce, surtout en ce qui concerne le privilège du préalable. Le mélange de plusieurs forces sous un énoncé limité est éminemment préjudiciable parce qu'il ne permet pas d'identifier avec la précision requise l'existence d'un privilège au sens propre du terme, c'est-à-dire au terme d'une comparaison rigoureuse avec le droit commun qui, nécessairement, doit le sous-tendre. Les forces obligatoire et exécutoire sont concernées au premier plan.

Il convient enfin d'insister sur la réalité évidente qu'une obligation, lorsqu'elle existe et revêt une force obligatoire, n'est susceptible de devenir exécutoire par la force qu'après l'intervention du juge (sauf le cas exceptionnel de l'acte notarié, mais limité en pratique, à l'heure actuelle, aux obligations pécuniaires). Tel est du moins le régime de droit commun, en principe applicable à l'ensemble des sujets de droit, à défaut de dérogation expresse. Autour de lui vont cependant graviter les privilèges, mais avec de nombreuses approximations dues, pour une bonne part, aux confusions déjà relevées. La distinction doit permettre de les déjouer.

II. Force probante et force exécutoire

131. Notions. La force probante d'un acte juridique ne se rapporte ni à l'inscription d'une obligation dans le droit ni à son inscription dans les faits. Elle concerne la preuve de l'existence de l'acte ou de l'obligation qu'il contient. Elle permet son établissement. Elle en est l'instrument.

Sa confusion avec les forces obligatoire et exécutoire est facilitée par le fait que, bien souvent en pratique, l'*instrumentum* est indispensable pour obtenir le respect d'une obligation. À défaut de preuve, le débiteur peut en effet plus facilement contester l'existence de l'obligation, se dispenser de l'exécuter volontairement et éviter aussi le risque de l'exécution forcée.

À l'instar de la force exécutoire, la force probante d'un acte est susceptible de connaître des degrés différents. Au sommet se situe l'acte authentique. Dans les lignes qui suivent, il convient d'analyser les vertus de l'acte authentique et d'en différencier les effets par rapport à ceux de la force exécutoire.

132. La distinction en cas de forces particulières. Contrairement à une idée répandue⁹⁰, l'authenticité d'un acte doit être clairement distinguée de sa force exécutoire, en particulier de celle visée par le Code judiciaire. Certes, en pratique, la forme authentique d'un acte coïncide généralement avec son caractère exécutoire renforcé. Les actes susceptibles d'exécution forcée sont toujours des actes authentiques, tels les jugements, les actes notariés, etc. Néanmoins, l'authenticité d'un acte vise des effets bien distincts de ceux liés à sa force exécutoire renforcée. Surtout, elle ne confère pas comme telle une force exécutoire particulière à l'acte concerné.

J.-L. LEDOUX et K. BROECKX reconnaissent à ce propos que "L'authenticité est une condition nécessaire pour que l'acte ait force exécutoire; elle n'en est pas le fondement et ce contrairement à ce que nous-mêmes, après beaucoup d'autres, avions écrit"⁹¹. G. de LEVAL exprime la même idée lorsqu'il écrit que le contenu de la force exécutoire "excède celui de la force probante authentique"⁹².

À y regarder de plus près, d'ailleurs, tous les actes authentiques ne sont pas exécutoires par la force.

D'abord, la force exécutoire d'un acte authentique dépend parfois de la nature de l'obligation considérée. Dans l'état actuel du droit, en effet, elle n'est pas unanimement reconnue dans le chef de l'acte notarié en ce qui concerne les obligations non pécuniaires.

Ensuite et surtout, pour être exécutoires, les actes authentiques ont besoin de la formule du même nom⁹³. Or, ils ne l'ont pas toujours. Comme exemples d'actes authentiques non

⁹⁰ Que l'on retrouve chez J. DEMBLON, "La fonction notariale", *Rép. not.*, T. XI, L. V/1, 1992, nos 16, 18 et 19, pp. 53 à 56, pour qui les forces probante et exécutoire sont les deux effets de l'authenticité. Les développements sont empruntés des mêmes *a priori* que M. HAURIU, dont celui de "l'obéissance la plus entière". Le postulat sur lequel repose cette idée erronée est révélateur. Il s'agit des propriétés des actes du Pouvoir. Selon l'auteur, en effet, "le Pouvoir s'est toujours attribué l'authenticité avec ses deux effets : sans l'impossibilité pour le citoyen de contester la véracité des actes de l'Autorité sans la possibilité pour celui-ci de contraindre *manu militari* celui-là à l'exécution des actes de l'Autorité, le Pouvoir ne serait pas le Pouvoir" (p. 53, no 16).

⁹¹ J.-L. LEDOUX et K. BROECKX, "La force exécutoire de l'acte notarié", *Journées notariales*, Louvain, Academia-Bruylant, 1992, p. 180, no 17.

⁹² G. de LEVAL, in *L'exécution en question* ..., *op. cit.*, 1993, p. 136. Add. E. DE FAYS, "Le notariat d'État. Authenticité et force exécutoire des actes administratifs de gestion économique", *Rec. gén. enr. not.*, 1942, no 18.324, p. 357, no 15; L. RAUCENT, *Fonction et statuts des notaires*, T. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 42, no 37.

⁹³ E. DE FAYS, par exemple, précise expressément que le privilège de l'exécution parée, dont jouit l'acte notarié, découle de la formule exécutoire dont les grosses sont revêtues : *op. cit.*, *Rec. gén. enr. not.*, 1942, no 18.324, no 1, p. 338. Rem. pourtant, en droit civil, H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, p. 118, no 89 et no 746, p. 758 : sur le plan des principes, la force exécutoire dont bénéficie l'acte authentique trouverait son fondement dans l'article 1134 du Code civil plus que dans les constatations faites par un officier public. Sur le plan juridique, toutefois, c'est la formule exécutoire qui permet de poursuivre l'exécution forcée sans jugement préalable. Rem. aussi en droit judiciaire P. HÉBRAUD, pour qui la formule exécutoire ne serait qu'un signe que l'ordonnance de référé exécutoire sur minute ne porte d'ailleurs pas; la qualité procèderait donc de la nature de l'acte (*op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, p. 174). Certes, il s'agit d'une manière d'expliquer le dispositif : la force exécutoire renforcée procède de la consécration certaine et solennelle d'un droit. Il convient cependant de ne pas éluder le dispositif juridique nécessaire à la sécurité, à savoir l'existence d'une loi. Comme pour l'acte notarié (on

exécutoires, G. de LEVAL⁹⁴ cite l'exploit d'huissier ou le jugement indépendamment de l'apposition de la formule exécutoire par le greffier. On peut ajouter l'acte notarié dont le contenu ne se suffit pas à lui-même⁹⁵. De tels actes, parce qu'ils sont authentiques, font preuve jusqu'à inscription de faux des mentions qu'ils contiennent, mais rien de plus. Ainsi en va-t-il encore du procès-verbal de saisie-revendication faisant par exemple expressément état de la signification de l'expédition d'une ordonnance autorisant ladite saisie⁹⁶; ou encore du commandement signifié à la requête du receveur des contributions directes qui peut produire des effets indépendamment de toute mesure d'exécution et n'est pas nécessairement suivi d'une saisie⁹⁷.

En conséquence, une série d'auteurs⁹⁸ se sont attachés à souligner que la force probante apparaît sans rapport nécessaire avec la question du caractère exécutoire de l'acte, y compris en droit administratif.

133. La source des forces particulières. Encore faut-il insister sur l'argument décisif⁹⁹ qui permet d'aboutir à une telle conclusion. L'argument est de type légal. Il s'agit de la loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI contenant organisation du notariat. Son article 19 ne lie pas le caractère exécutoire à l'authenticité. Au contraire, il scinde les deux questions, puisqu'il trouve nécessaire de disposer que tous actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue du Royaume. Aussi, "Une chose est la foi due aux actes, une autre l'exécution

paraît autrefois de "juridiction notariale") ou le jugement, il existe en effet une disposition légale expresse conférant cette force à l'acte concerné.

⁹⁴ G. de LEVAL, in *L'exécution en question* ..., op. cit., 1993, p. 136, note 3; Mons, 10 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 249.

⁹⁵ Voy. à cet égard G. de LEVAL, in *L'exécution en question* ..., op. cit., 1993, pp. 149 à 151.

⁹⁶ Bruxelles, 15 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1453.

⁹⁷ Civ. Charleroi (sais.), 11 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1442 et obs. critiques de H. MICHEL, "Un commandement préalable à saisie interrompt-il, en tout état de cause, la prescription en droit fiscal ?", pp. 1444 à 1449. À propos du commandement, acte d'exécution ou précédant l'exécution, voy. G. de LEVAL, obs. sous Liège, 6 mai 1993, *J.L.M.B.*, 1993, pp. 1204 et 1205.

⁹⁸ Z., "Des actes contresignés par les secrétaires communaux et de leur caractère en droit administratif et en droit fiscal", *Rev. dr. b.*, 1886-1890, pp. 17 et 18; P. WIGNY, op. cit., 1947, n° 65, p. 84; Z. VAN HEE, réponse, in *Congrès des Notaires de Belgique*, Gembloux, Duculot, 1957, trad. fr., p. 327; H. DE PAGE, op. cit., T. III, 3^e éd., 1967, n° 773, p. 793 ("un tout autre ordre d'idées"), mais comp. p. 763, n° 748; M. BOES, "De notariële akte en de akte in administratieve vorm", in *Actes du XXVI^e Wetenschappelijk Rechtscongres ingericht door de Vlaamse Juristenvereniging, "De jurist in de maatschappij van morgen"*, publiés in *R.W.*, 1973-1974, col. 2020 et 2021; J. DE BRABANDERE, op. cit., *Rev. not. belge*, 1985, p. 371, n° 3.10 ainsi que p. 381, n° 11.10 et 11.11; G. de LEVAL, in *L'exécution en question* ..., op. cit., 1993, p. 136; M. PÂQUES, "Acte administratif et acte authentique", *A.P.T.*, 1996, pp. 90 et 107. À noter qu'une rubrique consacrée à la force exécutoire des actes notariés est annoncée à paraître in *Rép. not.*, T. XI, L. VI/2. *Add. Cass.*, 17 janvier 1901, *Pas.*, 1901, I, 106, ici 113 (impl.), encore que la Cour détache expressément de l'authenticité le caractère exécutoire de l'acte, l'argument ayant été au demeurant explicitement soulevé (108) : "autre chose est l'authenticité, autre chose la force exécutoire".

⁹⁹ Aussi non, le fait qu'il y ait des actes authentiques non exécutoires par la force peut par exemple s'expliquer par l'absence d'obligation susceptible d'être mise à exécution. Dans ce sens : J. DEMBLON, op. cit., *Rép. not.*, T. XI, L. V/1, 1992, n° 19, p. 56.

forcée"¹⁰⁰. Certes, une même loi peut régler les deux aspects de l'acte. Mais une loi est nécessaire dans les deux cas. À l'instar du droit comparé, il convient donc d'utiliser la notion plus précise d' "acte authentique à formule exécutoire"¹⁰¹.

La confusion de l'authenticité avec la force exécutoire vient à l'évidence de ce que les actes notariés, actes authentiques par excellence¹⁰², sont généralement exécutoires par la force¹⁰³. Il ne faudrait d'ailleurs pas perdre de vue que l'acte authentique bénéficie en principe d'une confiance telle que sa force exécutoire est généralement autant privilégiée que sa force probante, et qu'elle ouvre ainsi la voie sur l'exécution forcée sans détour préalable par un juge.

Néanmoins, les auteurs parlent à cet égard d'un "privilège des actes notariés"¹⁰⁴ ou, plus largement, d'un "privilège exécutoire"¹⁰⁵, du privilège de "l'exécution parée"¹⁰⁶. Autant d'expressions qui témoignent de l'absence d'une règle propre à l'acte authentique comme tel. La force exécutoire judiciaire n'est pas une conséquence indispensable ou naturelle¹⁰⁷ de l'authenticité¹⁰⁸. L'authenticité n'est pas directement la source d'une force exécutoire particulière. Seule la loi peut revendiquer ce statut.

134. L'intérêt de la distinction. L'intérêt de distinguer les forces probante et exécutoire, notamment lorsqu'elles sont particulières, est capital pour la suite du raisonnement.

D'abord, la distinction permet d'éviter, dans la formulation des privilèges, un lien trop marqué entre, d'une part, l'authenticité, ou plus simplement et *a fortiori* la présomption de légalité, et,

¹⁰⁰ E. DE FAYS, op. cit., *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, n° 15, p. 358. Les deux aspects de l'acte sont d'ailleurs régis par deux textes différents : le Code civil en ce qui concerne la force probante, le Code judiciaire, pour l'essentiel, même si c'est en complément du Code civil, s'agissant de la force exécutoire comprise dans le sens limité déjà dénoncé. Quant à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, elle distingue, dans son article 50, les actes authentiques, reçus et exécutoires.

¹⁰¹ *Entreprises et marché unique*, 85^e congrès des notaires de France, Strasbourg, 1989, p. 860, cité par G. de LEVAL, in *L'exécution en question* ..., op. cit., 1993, p. 152, note 53.

¹⁰² Il sont du moins généralement perçus comme tels par le citoyen, car il s'agit de la catégorie la plus courante parmi les actes authentiques.

¹⁰³ Sous réserve de l'exécution directe controversée en ce qui concerne les obligations de faire et de ne pas faire constatées par acte notarié. Encore faut-il que le titre soit revêtu de la formule exécutoire et qu'il se suffise à lui-même, qu'il soit suffisamment clair.

¹⁰⁴ H. DE PAGE, op. cit., T. III, 3^e éd., 1967, p. 118, n° 89. À noter toutefois que l'auteur parle aussi de "privilège des actes authentiques", mais en mentionnant note 2, à côté des actes notariés, "certains actes des autorités publiques (qui) ont également force exécutoire (contrainte des receveurs de contributions, notamment)" (i et adla).

¹⁰⁵ C. REMON, "La force exécutoire de l'acte notarié et son exécution directe", in *L'exécution en question* ..., op. cit., 1993, p. 56.

¹⁰⁶ C'est-à-dire de pouvoir être mis à exécution, par voie de saisie, sans l'intervention du juge : E. DE FAYS, op. cit., *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, p. 338, n° 1. Le privilège d'une exécution immédiate, déjà préparée : J. DEMBLON, op. cit., *Rép. not.*, T. XI, L. V/1, 1992, n° 19, p. 55.

¹⁰⁷ Les actes notariés ne sont ni authentiques ni exécutoires (au sens du Code judiciaire) par nature. Il faut absolument détruire ce mythe. Ils le sont par l'effet de la loi dont l'économie ne peut être faite à peine de confusion. Le "hasard" a seulement voulu que la même disposition légale soit à l'origine des deux attributs.

¹⁰⁸ G. de LEVAL, op. cit., 1988, p. 474, n° 238.

d'autre part, la force exécutoire de l'acte administratif. En effet, les deux forces ne présentent pas entre elles un lien de cause à effet.

Ensuite, la distinction permet d'éviter un écueil important dans la lecture de l'acte administratif et de ses caractéristiques. En effet, reconnaître la force exécutoire renforcée à tout acte authentique serait lourd de sens pour l'acte administratif. Car s'il devait être conclu à son authenticité naturelle, cela reviendrait automatiquement à le reconnaître exécutoire au sens du Code judiciaire, de manière presque aussi naturelle¹⁰⁹. La question - et plus encore sa réponse - sont donc essentielles en ce qui concerne les privilèges.

Section 2. L'analyse des privilèges

" (...) tout s'enchaîne,
et les erreurs ne produisent que des erreurs."

L. WODON¹¹⁰

135. Une évolution méconnue. L'analyse des privilèges ne peut pas faire l'économie de leur histoire. L'erreur est souvent commise dans l'étude des notions juridiques, en droit administratif comme dans les autres disciplines. Elle le serait particulièrement en droit administratif, compte tenu de son caractère profondément historique et jurisprudentiel en France. Les propos de BOUCHENÉ-LEFER sont catégoriques à cet égard :

"Dans tout ce qui a été dit, écrit, et pensé sur le droit administratif, il se rencontre des propositions de l'origine et du succès desquelles on a peine à se rendre compte, et qui semblent faire de cette science, ou plutôt de cette partie de notre législation, quelque chose d'obscur, de bizarre, de contradictoire et d'hostile aux notions les plus habituelles et aux principes les plus élémentaires du droit commun. Et pourtant ces idées ont pris racine. Acceptées sans discussion, et pour ainsi dire de confiance, quelques-unes ont passé à l'état d'axiomes. Il faut vraiment que la fatalité s'en soit mêlée. Ces idées sont difficiles à extirper. Ce sont des obstacles semés sur le chemin de qui veut étudier cette branche du droit, et qu'on devrait prendre à tâche d'écarter"¹¹¹.

¹⁰⁹ À noter que dissocier les deux éléments ne résout pas nécessairement tous les problèmes. Pour P. WIGNY, par exemple, "l'exécution parée n'est pas une conséquence de l'authenticité de l'acte, mais une qualité qui s'attache directement à ces actes" (*op. cit.*, 1947, n° 65, p. 84) !

¹¹⁰ L. WODON, préface à M. CAPART, *op. cit.*, préface de la 2^e éd. reproduite dans la 3^e éd., 1930, p. XIV.

¹¹¹ BOUCHENÉ-LEFER, "De la juridiction administrative", *Revue pratique de droit français*, 1863, p. 354. L'auteur évoque p. 381 "de prétendues explications qui n'ont pas l'ombre, ni assurément la consistance d'une explication véritable".

Les privilèges font partie de ces idées et leur histoire est relativement méconnue. Il s'agit de concepts plutôt récents en droit belge. Ils ont été longtemps ignorés. Ils ont été importés du droit français où leur histoire n'est cependant pas mieux connue¹¹². Une telle ignorance renforce l'autorité des concepts par l'impression d'ancienneté qu'elle leur donne, alors que cette autorité n'est peut-être pas justifiée.

136. Une évolution pourtant significative. À la charnière de deux générations de privilèges, l'une plus empirique et l'autre plus conceptuelle, on trouve P. WIGNY en droit belge et M. HAURIOU en droit français. Un décalage d'un demi-siècle sépare les auteurs, mais le second a mis cette période à profit pour concevoir la première véritable théorie relative aux privilèges, au début du vingtième siècle. Les concepts n'en ont pas moins subi une profonde évolution en doctrine, avant comme après M. HAURIOU¹¹³ en droit français, et surtout avant P. WIGNY¹¹⁴ en droit belge.

Or, il s'avère que cette évolution est porteuse de sens pour la démarche poursuivie.

Le sens de l'évolution conceptuelle des privilèges a pu être dégagé grâce à la méthode des forces de l'acte juridique exposée dans la section précédente. Il indique clairement que les privilèges n'étaient pas deux à l'origine; que l'unique privilège était au départ consacré à la force exécutoire de l'acte administratif - le privilège de l'exécution préalable - , en particulier à son caractère exécutoire par la force; et que c'est seulement plus tard que deux privilèges sont apparus en doctrine, l'un d'entre eux - le privilège du préalable - devenant ainsi le réceptacle d'une série d'approximations liées aux deux autres forces juridiques, et qui ont évolué dans le sillage du premier privilège, en en tronquant parfois légèrement le sens.

C'est l'analyse des privilèges chez M. HAURIOU qui a permis d'effectuer le premier constat. Avant lui, d'ailleurs, le premier privilège n'existait pas en tant que tel. Si bien que l'évolution doit être retracée en commençant par sa théorie. Le premier privilège - au sens conceptuel du terme - y est consacré au caractère exécutoire par la force de l'acte administratif.

L'apport de M. HAURIOU ne peut toutefois pas être considéré de manière figée. Le privilège a connu une évolution importante chez l'auteur lui-même. Un second privilège n'a pas encore vu le jour sous sa plume, mais il était sur le point de naître, il était à l'état d'embryon. La preuve en est que tous les éléments de la version contemporaine des privilèges étaient présents chez M.

¹¹² Voy. l'introduction sur ces différents points, *supra*, n° 3 à 5.

¹¹³ Y compris avec M. HAURIOU, au fil de ses écrits et des éditions successives de son précis.

¹¹⁴ Y compris avec P. WIGNY, dont le rôle aura été d'intégrer progressivement une conception plus administrative des notions juste après la création du Conseil d'État en Belgique. L'évolution est perceptible à comparer les première et dernière versions du précis de P. WIGNY. Initialement conçus en 1947 comme des procédés juridiques tendant à protéger l'administration contre les autres pouvoirs parmi les moyens d'action des personnes publiques (*op. cit.*, 1^{re} éd., 1947, sn, p. 73), les privilèges sont étudiés en 1962 en qualité plus précise, plus spécifique et moins constitutionnelle de moyens d'action de l'administration (*op. cit.*, 4^e éd., 1962, pp. 141 et s., n° 177 et s.).

HAURIOU, que seul leur aménagement a évolué, et que, séparément, ils n'ont connu que peu de modifications dans les ouvrages généraux¹¹⁵.

À partir de la première "définition" donnée par M. HAURIOU aux privilèges, il a été possible de sonder le passé et de dégager une première "représentation" très empirique des privilèges. Cette représentation s'est surtout avérée très éclairante pour identifier un certain nombre de dérives enregistrées par la suite. Ces dérives tiennent principalement à la disparition difficile d'une théorie encombrante en matière administrative au dix-neuvième siècle. Il s'agit de la théorie du ministre-juge.

137. Une évolution concluante. En somme, de fil en aiguille, mais sur base de critères objectifs, un diagnostic pourra être posé concernant les privilèges, après avoir reconstitué leur évolution. Les privilèges ont été construits sans beaucoup de rigueur à travers l'histoire. Ils sont frappés de "malformation".

Heureusement, le diagnostic n'est pas sans remède. Et l'opération proposée sera celle de la réduction. Il s'agit de recentrer les privilèges sur leur noyau dur. Une fois l'objet réel des privilèges dégagé, la dissection des privilèges permet en effet de faire le départ entre ce qui est propre aux privilèges et les éléments impurs, accumulés avec le temps. Bref, les notions peuvent être affinées et des propositions avancées en vue d'une "nouvelle" définition.

Pour l'heure, il s'agit de reprendre l'évolution en commençant par M. HAURIOU (I). En effet, l'auteur permet la transition entre une représentation plus empirique (II) et une formulation plus conceptuelle (III) des privilèges. En l'occurrence, il a introduit la seconde à partir de la première. Le rôle principal joué par l'auteur justifie par ailleurs les développements détaillés consacrés à sa théorie. Après lui, les idées sont surtout véhiculées, certes avec des transformations, mais tellement minimes qu'il convenait de prendre le problème à sa source, que l'on trouve immanquablement chez M. HAURIOU. C'était, autrement dit, la seule manière de comprendre l'état actuel de la formulation des privilèges dans les précis de droit belge et de droit français.

I. La théorie de M. HAURIOU

A. Ses caractéristiques

138. La première théorie sur les privilèges ? En droit belge, M. HAURIOU est considéré, sinon comme le premier concepteur des privilèges étudiés, au moins comme "le

¹¹⁵ Ceci malgré les nombreuses critiques adressées entre-temps aux privilèges, allant parfois jusqu'à mettre en cause leur existence, du moins dans cette formulation. Malgré aussi l'évolution du droit, des institutions et des mécanismes de contrôle de l'action administrative, ce qui est plus délicat.

spécialiste en la matière"¹¹⁶. Son enseignement est véritablement importé et, à sa suite, celui des auteurs français contemporains.

En réalité, même cette image de M. HAURIOU vient de France. Elle n'est toutefois pas dépourvue de tout fondement. De telle manière que l'on ne s'attachera pas à détruire le mythe selon lequel M. HAURIOU serait "l'inventeur" des privilèges¹¹⁷. L'image ne présente d'ailleurs pas que des avantages, compte tenu de l'imperfection des notions.

Quoi qu'il en soit, il est incontestable que M. HAURIOU a posé la prérogative administrative au centre de l'étude et de la définition du droit administratif. Pour l'auteur, la prérogative - un ensemble de droits exorbitants et procédures exceptionnelles - est non seulement "le caractère le plus remarquable du droit administratif", mais elle est aussi sa limite¹¹⁸. M. HAURIOU est donc à la source de l'image du droit administratif telle qu'elle est exposée, aujourd'hui encore, dans les précis de droit administratif belge¹¹⁹.

Avec E. LAFERRIÈRE, les deux auteurs ouvrent une ère conceptuelle du droit administratif¹²⁰. Les grandes théories du droit administratif sont élaborées durant cette période¹²¹. Parmi elles

¹¹⁶ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65, p. 83 concernant le privilège du préalable; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1745 : le premier à avoir étudié en détail les privilèges dont l'administration a besoin.

¹¹⁷ Comp. L. SFEZ, *op. cit.*, 1966, pp. 84 à 86 et 128 à 134. Dans ce sens, expressément : M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 18, note 1; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 84 et s.; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, p. 549, n° 927; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, princ. p. 289, n° 685 (le privilège de la décision exécutoire) et n° 831, p. 353 (le privilège d'exécution d'office); J. MOREAU, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1989, n° 150, p. 211; G. DUPUIS et M.-J. GUEDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449. Plus implicitement : C. SIRAT, "L'exécution directe, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative", *J.C.P.*, 1958, I, 1440, p. 1; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, p. 16, n° 21; F.-P. BENOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 553, n° 963; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969 (de manière générale); M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 244; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, not. pp. 36 et 37. Globalement, M. HAURIOU est le point de départ le plus répandu dans l'étude des privilèges, dès R. CHINOT (*op. cit.*, 1945, pp. 21 et s.), voire même avant. À travers la (théorie de la) décision exécutoire : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (1959-1960), p. 703, n° 20 (sauf erreur) et p. 743, n° 5; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 2, 8 et 26; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 85, p. 137 (le "père de la théorie de la décision exécutoire") et T. II, n° 190, p. 294, note 1; P. DELVOLVÉ, *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983, n° 39, p. 23 : "C'est Maurice Hauriou qui, le premier, a parlé de la décision exécutoire" en renseignant la onzième édition, alors qu'on la trouve déjà dans la jurisprudence du dix-neuvième siècle, notamment dans les conclusions précédant l'arrêt "Cadot" déjà analysé; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 149, pp. 208 à 210; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 322; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, p. 451, n° 672. Tous sont unanimes pour souligner l'apport personnel de M. HAURIOU à la confection de la catégorie juridique : T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 114, note 60; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 1954, n° 376, p. 259, note 2 et *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 376, p. 343, note 1.

¹¹⁸ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 26. L'auteur ajoute en note 1 que les auteurs, jusque-là, ont plutôt privilégié l'organisation des autorités administratives et des services publics. Lire aussi la préface où les adeptes de l'école du service public sont présentés comme ayant entrepris l'œuvre impossible de se débarrasser de la puissance publique en tant que pouvoir juridique (pp. VII à XV). L'auteur souligne notamment que l'ensemble du droit administratif a été fondé sur la puissance publique par les publicistes français. M. HAURIOU, il est important de le remarquer, se situe donc humblement dans la continuité. Sur la place de la puissance publique dans le droit administratif français, voy. F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960.

¹¹⁹ Selon L. SFEZ, *op. cit.*, 1966, p. 501, il n'aurait pourtant accepté qu'en maugréant la chaire de droit administratif dont personne ne voulait à l'époque !

¹²⁰ Sans minimiser l'importance de L. DUGUIT qui, avec M. HAURIOU, font figure de proue au sein d'une nouvelle génération d'auteurs. Ils sont les chefs de file des deux principales écoles de droit administratif qui se

figurent les privilèges. Toutefois, le premier auteur est plutôt réticent à une conception du droit administratif axée sur les prérogatives. Il est plus attaché au contentieux qu'au droit administratif¹²². Ce qui explique pourquoi il ne s'est pas trop attardé sur le sujet et, par voie de conséquence, pourquoi M. HAURIUO a été le premier auteur français à proposer une véritable théorie structurée des privilèges, c'est-à-dire une formulation théorique et conceptuelle complète à ce propos. Même si, de toute évidence, et comme il sera montré au point suivant, l'auteur n'a pas fait table rase du passé¹²³.

Plusieurs indices témoignent précisément du fait que M. HAURIUO est le premier auteur à donner une réelle impulsion à des recherches plus approfondies sur les notions. Il commence d'ailleurs par les étudier lui-même, toujours plus en profondeur. En 1901, en particulier, l'auteur écrit que *l'on peut appeler la prérogative étudiée le privilège du préalable*¹²⁴. La phrase semble vouloir indiquer que personne auparavant n'aurait utilisé l'expression. Les recherches entreprises n'ont pas permis d'établir le contraire. M. HAURIUO souligne d'ailleurs que "Le privilège du préalable aurait grand besoin d'être étudié d'une manière complète et minutieuse"¹²⁵. Et le seul article de doctrine française qu'il mentionne sur le sujet, en précisant qu'il est apparemment unique et isolé, est un article déjà mentionné de BOUCHENÉ-LEFER¹²⁶ dans lequel l'auteur n'utilise pas l'expression comme telle. Pourtant, l'auteur y fait référence à la sollicitation d'action et l'exigence d'une décision administrative préalable au recours devant le Conseil d'État, soit très précisément la première des deux facettes que M. HAURIUO donne au privilège du préalable, proposé pour la première fois en 1901, dans la quatrième édition de son précis. Il s'agit en l'occurrence de la facette la moins intéressante dans la perspective retenue,

rassemblent autour de deux idées présentées comme fondant l'ensemble du droit administratif, respectivement la puissance publique et le service public. Il est donc normal que M. HAURIUO soit présenté comme étant à l'origine de la théorie sur les privilèges de l'État. Les concepts élaborés par les deux auteurs constituent "le fonds commun" du droit administratif (A. de LAUBADÈRE, "Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit", in *Pages de doctrine*, op. cit., T. I, 1980, p. 26). Toutes les notions et catégories juridiques contemporaines y trouvent une "première" formulation (T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, p. 111).

¹²¹ Compte tenu des développements du droit administratif, "c'est toujours dans les années 1880-1920 que l'on trouve les racines des principes que l'on applique actuellement" (propos attribués à G. VEDEL par ARNAUD et T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, p. 111).

¹²² En témoigne d'ailleurs le titre de son ouvrage : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 T., Paris, Berger-Levrault, 1887, rééd. chez L.G.D.J. en 1989.

¹²³ Il est difficile de nier que M. HAURIUO ait effectivement été le premier à avoir tenté une synthèse, une conception d'ensemble du droit administratif. Il semble en particulier que la paternité lui revienne d'une partie générale théorique, juridique et autonome en droit administratif (T. FORTSAKIS, op. cit., 1987, p. 113). En même temps, il serait présomptueux de croire qu'il a tout inventé en faisant table rase du passé. Ainsi, il est aujourd'hui acquis que le concept de puissance publique - qui a guidé l'ensemble de son œuvre - avait déjà connu une première ébauche chez des auteurs comme T. DUCROCQ, L. AUCOC et E. LAFERRIÈRE, desquels il s'est inspiré (p. 114). Tout comme L. DUGUIT, pour étendre le phénomène aux autres auteurs, semble avoir pris la notion de service public à M. HAURIUO pour lui donner ensuite une valeur explicative universelle (p. 112).

¹²⁴ M. HAURIUO, op. cit., 4^e éd., 1901, p. 246

¹²⁵ *Ibidem*, p. 250, note 1.

¹²⁶ Voy. l'introduction, n° 5, note 13. L'article est entièrement consacré à combattre la conception répandue à l'époque selon laquelle l'acte administratif est un jugement dès que l'autorité se prononce sur un droit, voire sur une demande de l'administré. Il vise, autrement dit, à établir la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives, entre ce qui relève du contentieux administratif et ce qui n'en relève pas.

d'ailleurs appelée à disparaître rapidement, au moins à être sérieusement atténuée¹²⁷. Bref, aucune ombre n'est faite à l'originalité de l'œuvre de M. HAURIUO. Si ce n'est qu'elle se limite ici au privilège du préalable.

139. Une théorie descriptive. Cela dit, la théorie développée par M. HAURIUO n'est pas une simple vue de l'esprit. Il ne s'agit pas d'une invention. Elle s'inspire profondément de la réalité du droit administratif en France à la fin du dix-neuvième siècle. Elle l'organise et elle en fait l'analyse. Elle vise à en trouver l'explication. Pour ce faire, elle est en grande partie fondée sur la description.

Avec le recul, même l'expression "privilège du préalable" n'est pas vraiment originale. Certes, l'expression n'existait pas comme telle à l'époque. Mais il en circulait d'autres, tel le principe de "l'exécution provisoire" - voire "préalable" - concernant la deuxième facette du privilège du préalable tel que formulé par M. HAURIUO en 1901, précisément. En outre, l'adjectif préalable était à l'époque couramment utilisé, en particulier dans la procédure administrative. En témoignent les formules "décision préalable", "autorisation préalable", "indemnité préalable", etc. Y compris chez M. HAURIUO lui-même : les décisions de l'administration ne sont soumises à "aucune condition préalable"¹²⁸; "l'obéissance préalable"¹²⁹; la "voie préalable du référé"¹³⁰; etc.

Le souci de cerner de près la réalité existante du droit administratif ressort en particulier de la préface de la troisième édition du précis de M. HAURIUO. L'auteur y indique expressément qu'il a essayé, à travers des théories de droit administratif, "d'exprimer (...) tout ce que l'administration et la jurisprudence administrative française pratiquent de règles de droit essentielles". Sa "constante préoccupation a été, dans l'agencement de ces théories, de suivre les indications de la jurisprudence"¹³¹.

Trois observations peuvent être faites à partir de là en ce qui concerne les privilèges.

¹²⁷ À noter cependant que l'article comporte une suite publiée l'année suivante, toujours consacrée à la même question et visant à établir la distinction entre juridiction et fonction administrative. À cette occasion, l'auteur se rapproche déjà plus de la facette du privilège qui persistera. Il insiste sur ce qu'au contraire de l'administration, "toute action, toute décision spontanée, générale ou particulière, est (...) interdite à la juridiction contentieuse. Celle-ci ne peut, même à l'occasion des débats qui lui sont soumis, ni statuer par voie de disposition réglementaire, soit générale, soit locale, ni prendre aucune mesure d'exécution" (BOUCHENÉ-LEFER, op. cit., *Revue pratique de droit français*, 1865, p. 145). Juste avant, l'auteur écrit ce qui suit, dont on retrouvera des traces ultérieurement chez M. HAURIUO. L'autorité administrative n'agit pas seulement à propos d'une demande, elle agit le plus souvent spontanément ou d'initiative. "Pour l'accomplissement de ces devoirs l'autorité agit et statue même d'office, soit par voie de dispositions générales et réglementaires, soit en prenant des décisions portant injonction ou défense, afin d'obtenir des citoyens l'accomplissement des obligations qui leur sont imposées par la loi ou l'exécution des engagements par eux contractés volontairement vis-à-vis de l'État, des départements, des communes ou autres personnes publiques" (toujours p. 145).

¹²⁸ M. HAURIUO, op. cit., 4^e éd., 1901, p. 246.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 246, note 1.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 246, note 2.

¹³¹ M. HAURIUO, op. cit., 3^e éd., 1897, préface, pp. 1 et 3. Ainsi, il n'est pas rare, comme à la p. 561, de lire une formule du type : "Ce principe est établi par les applications suivantes".

Première observation. Il faut s'attendre à ce que des premiers développements doctrinaux aient précédé les efforts conceptuels de l'auteur en ce qui concerne les privilèges. Sans doute ces développements étaient-ils cantonnés à des réflexions plus élémentaires et plus empiriques. Le mérite de M. HAURIOU a été d'approfondir des éléments probablement disparates au départ, et de les rassembler en un tout cohérent¹³².

Deuxième observation. Il serait un leurre de croire que seule la doctrine est à l'origine de la théorie. Compte tenu de la méthode retenue, la théorie repose avec certitude également sur de la jurisprudence, voire sur cette source semi-doctrinale et semi-jurisprudentielle que constituent les conclusions ou les avis du ministère public, ainsi que sur des pratiques administratives¹³³.

Troisième observation. L'approche descriptive suivie par l'auteur permet d'expliquer pourquoi les privilèges sont des notions aussi vastes et peu précises. La prérogative incarne l'ensemble du droit administratif chez M. HAURIOU. Elle est conçue de manière autonome par rapport au droit privé, selon une approche très procédurale et contentieuse. La formulation qui en résulte est en quelque sorte dénaturée, elle a les articulations lâches, et elle n'est pas transposable comme telle à un autre système fondé sur le droit commun.

140. Une théorie en mouvement. En plus d'être descriptive, la théorie de M. HAURIOU est une théorie en mouvement. En effet, les privilèges ont évolué de manière importante à travers le temps. Cela tient surtout au contexte dans lequel ils sont nés.

Il faut en effet rappeler que l'époque est friande en arrêts de principe, surtout à partir de 1873¹³⁴. Le droit administratif se construit progressivement et, en son sein, les privilèges aussi. Il y va d'une théorie en pleine form(ul)ation. Son contenu évolue avec la jurisprudence¹³⁵.

L'évolution considérée est particulièrement remarquable dans les écrits de M. HAURIOU lui-même, puisqu'il commence à écrire en pleine transition. Les versions successives du précis de

¹³² L'hypothèse est implicitement confirmée par G. DARCY qui écrit ceci à propos de la décision exécutoire, dont on a déjà vu qu'elle est intimement liée aux privilèges et dont elle trouve la trace chez E. LAFERRIÈRE avant M. HAURIOU : "En réalité, le doyen de Toulouse reçoit un héritage qu'il sait mieux que quiconque faire fructifier. Cet héritage diffus est toutefois trop peuplé d'intuitions, d'affirmations isolées, de propositions inarticulées, de transpositions hâtives pour que l'on puisse prétendre en dresser un inventaire exhaustif, ou mieux encore espérer retrouver sérieusement la chaîne des influences. (...) Ainsi peut-être sera mieux mise en évidence l'œuvre authentique de M. HAURIOU, œuvre de reconstitution originale faite de matériaux anciens qu'il relie, épure, transforme et auxquels il confère une force explicative nouvelle" ("La décision exécutoire. Esquisse méthodologique", *A.J.D.A.*, 1994, p. 665; voy. aussi p. 668).

¹³³ À l'inverse, le Conseil d'État faisait preuve à l'époque de désintéressement à l'égard de la doctrine. Telle est du moins la thèse (controvertée) défendue par L. SFEZ, *op. cit.*, 1966, pp. 482 à 495.

¹³⁴ Voy. *supra*, n° 43, de même que P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, pp. 10 et 11 (1870-1914). C. EISENMANN, quant à lui, situe les grands arrêts historiques entre 1903 et 1912 (*op. cit.*, *Mélanges Maury*, 1960, p. 385). En toute hypothèse, "Les bases de toutes les grandes constructions de technique juridique du droit administratif moderne s'élaborent dans cette période particulièrement féconde" (F.-P. BÉNOT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 6, p. 8).

¹³⁵ Il évolue donc avec le contrôle de l'administration qui s'impose progressivement, et non à cause d'hésitations jurisprudentielles.

l'auteur s'étalent sur trente années, et l'analyse détaillée de plusieurs d'entre elles¹³⁶ indique clairement que M. HAURIOU n'a pas livré du jour au lendemain une théorie toute faite relative aux privilèges¹³⁷. Elle est le fruit d'une longue maturation, le résultat de toute une carrière, voire l'œuvre de toute une vie. Même en fin de parcours, la formulation des privilèges n'est pas complètement terminée¹³⁸. Elle reste en devenir.

Il faut dire qu'à l'époque, le droit administratif lui-même n'est pas dépourvu d'incertitudes. La compétence du juge administratif s'impose peu à peu, mais à partir d'un critère indéterminé qui est celui de la puissance publique. Or, l'autorité qui, en pratique, définit peu à peu le contenu de ce critère et les prérogatives précises qu'il emporte, n'est autre que le juge administratif lui-même, au fil de ses arrêts et en l'absence - fréquente à l'époque - de textes légaux.

Le fait est saillant dans la troisième édition du précis de M. HAURIOU. D'après l'auteur, "Les droits de puissance publique se reconnaissent d'abord à ce qu'ils entraînent des prérogatives qui dépassent celles dont usent les simples particuliers; ensuite, dans le droit français du moins, à ce que les litiges qu'ils provoquent sont de la compétence des tribunaux administratifs"¹³⁹.

L'approche peut surprendre l'administrativiste contemporain, mais la seule manière de savoir à l'époque jusqu'où l'administration peut aller est de consulter la jurisprudence, tout en sachant que le juge administratif n'a pas pu se prononcer immédiatement à tout propos et dans toutes les matières. En conséquence, la sécurité juridique n'est pas optimale, et elle justifie la progression. L'impression est parfois donnée de tourner en rond avec le partage de compétences.

¹³⁶ L'analyse figure *infra*, C, n° 141 et s. Le précis compte onze éditions parmi lesquelles cinq ont été sélectionnées, pour leur espacement, mais aussi pour des raisons pratiques, liées à l'indisponibilité de certaines éditions, et surtout pour des raisons théoriques que voici. La 3^e et la 4^e (1897 et 1901) ont été retenues parce que le privilège du préalable reçoit sa première formulation dans cette dernière. La 6^e (1907) car un arrêt important a été prononcé entre-temps, en 1902, aujourd'hui considéré comme étant à la source des privilèges. Les 10^e et 11^e (1921 et 1927) parce que la théorie reçoit à ce moment sa formulation la plus complète, les grands arrêts ayant été au demeurant prononcés. Au niveau des principes, il a paru plus authentique de retourner à l'œuvre du maître plutôt que de se satisfaire de commentaires d'ailleurs parfois contradictoires.

¹³⁷ C'est également le cas d'autres théories. Au fil des éditions de son précis, d'ailleurs, M. HAURIOU indique parfois expressément qu'il renonce à telle ou telle distinction compte tenu de la jurisprudence ou de l'évolution de ses considérations. Voy. not. M. HAURIOU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 218, note 3. L'exemple atteste une théorie générale en pleine formulation. Néanmoins, la plupart des évolutions sont plus insidieuses et l'auteur ne prend pas la peine de les indiquer toutes. Tel est particulièrement le cas avec les privilèges.

¹³⁸ Dans ce sens, concernant son œuvre "d'allure dogmatique" mais "changeante", qui ne paraît jamais terminée : F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, p. 190. "Il y a dans les écrits de Maurice Hauriou l'amorce de cent systèmes différents dont chacun mériterait des développements particuliers". Aussi "Les retouches du raisonnement ne nous permettront pas d'aboutir à des conclusions définitives" ! Add. J. RIVERO, "Hauriou et l'avènement de la notion de service public", in *Études en l'honneur d'Achille Mestre, L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956, p. 465, n° 6 : "Hauriou est sans cesse infidèle à lui-même, parce que son intuition lui révèle, au-delà de la position qu'il vient d'occuper, des horizons nouveaux, et que ceux-là seuls l'intéressent; il n'y a pas un système de Hauriou, il y a, dans son œuvre, l'étoffe et l'ébauche de dix systèmes successifs"; J. RIVERO, "Maurice Hauriou et le droit administratif", in *Pages de doctrine*, *op. cit.*, T. I, 1980, pp. 29 à 41 : un droit vivant.

¹³⁹ M. HAURIOU, *op. cit.*, 3^e éd., 1897, p. 243. Quelques pages auparavant, l'emploi de la puissance publique est indiqué comme ayant un intérêt pratique considérable parce qu'il détermine la compétence de la juridiction administrative sur les réclamations des particuliers ou, à défaut, la compétence du pouvoir judiciaire (p. 237).

L'incertitude est particulièrement forte dans l'intervalle d'une jurisprudence mais, même une fois les principes posés, il est encore possible de voir le juge modifier sa jurisprudence, sans que cela soit prévisible au moment d'agir concrètement. Par définition, en effet, le juge statue à l'occasion d'une espèce concrète dont il ne peut pas se saisir d'office. Néanmoins, les revirements ne sont pas légion dans la jurisprudence administrative. Cette dernière fait même preuve d'une stabilité étonnante qui lui vaudra parfois d'être critiquée en doctrine.

C'est dans ce contexte incertain que les privilèges sont nés et qu'ils ont évolué. Ils sont l'œuvre de premiers conceptualistes qui se sont efforcés de dégager des règles à partir d'une jurisprudence et de textes parfois chaotiques. Ils ont connu des transformations, mais ces dernières n'en ont pas altéré le sens fondamental, plutôt favorable à la prérogative de l'administration¹⁴⁰. Il convient, dans les pages qui suivent, d'en approfondir l'évolution.

B. Son évolution

141. Une évolution contrôlée. Fait marquant chez M. HAURIOU, la formulation progressive des privilèges suit l'évolution de la jurisprudence sans en tirer toujours toutes les conséquences. Manifestement, l'auteur est séduit par ses propres catégories. Il les a fixées dans les premières éditions de son précis. Il a difficile à les remettre en question par la suite. Il faut dire qu'elles occupent une place centrale dans sa théorie générale du droit administratif.

Pourtant, la jurisprudence les met progressivement en cause et elle en altère profondément les contours¹⁴¹. Il faut préciser, du point de vue chronologique, que la question de l'exécution forcée a été "réglée" par la jurisprudence administrative en 1902, c'est-à-dire l'année qui suit la première référence par l'auteur au préalable.

Néanmoins, M. HAURIOU maintient ses catégories. Il les adapte de manière superficielle, en y apportant seulement des tempéraments. Il confère de la sorte aux principes une existence presque désincarnée des textes et des arrêts.

Parallèlement, cependant, l'auteur en modifie légèrement le contenu. Il les "gonfle" d'attributs susceptibles d'en augmenter la portée pour les maintenir au rang de principes explicatifs de l'ensemble du contentieux administratif. À cette occasion, il mélange les forces juridiques de l'acte, avec pour résultat le type de formulation que l'on retrouve aujourd'hui encore dans les précis de droit belge.

¹⁴⁰ Rem. à cet égard M. HAURIOU, *op. cit.*, 3^e éd., 1897, préface, p. 3 : "La tradition du droit public français est de conserver à la plupart des opérations administratives un caractère accentué de puissance publique, c'est pour cela que le contentieux en est attribué à une juridiction administrative; il importe de maintenir cette tradition". L'idée est omniprésente dans l'œuvre de M. HAURIOU.

¹⁴¹ En témoigne l'évolution générale de la théorie, mais aussi des constats plus explicites et parfois réalisés par l'auteur, tels que "le principe commence à recevoir des atténuations" (M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, p. 358).

142. Un changement dans la continuité. Il y a cependant un point de rupture dans le glissement des catégories chez M. HAURIOU. Il se manifeste en particulier par un changement de nom.

En 1901, le privilège du préalable est présenté comme se subdivisant en deux : celui de l'exécution préalable et celui du silence ou de l'inaction¹⁴². Mais en 1907, la "prérogative du préalable" comporte déjà quatre privilèges : celui de l'initiative des actes, celui de l'exécution préalable des actes, celui de la compétence d'un juge administratif pour les litiges soulevés par les actes et les opérations et celui de la liaison du contentieux par la décision préalable¹⁴³. L'évolution est importante, mais elle est néanmoins continue.

En 1921, par contre, on doit constater une rupture. Le privilège du préalable devient subitement "la puissance exécutive ou l'action d'office"¹⁴⁴. Seule une expression apparentée à la précédente est conservée. Il s'agit du "privilège de l'exécution provisoire". Elle était déjà utilisée par le passé, y compris par d'autres auteurs¹⁴⁵. L'expression "privilège du préalable", quant à elle, n'est plus utilisée. Elle ne réapparaît ni dans la dernière version en 1927, ni d'ailleurs en 1943, à la différence de "l'exécution préalable", mais elle figure cette fois aux côtés de l'action d'office et de la décision exécutoire¹⁴⁶. La "puissance exécutive" est délaissée en 1927 au profit de la "procédure exécutive"¹⁴⁷.

À ce stade-ci, le changement de noms est livré à l'état brut. Pour la suite, il n'est évidemment pas possible, ni d'ailleurs utile, de retracer toutes les évolutions enregistrées au fil des éditions du précis. Seuls quelques changements d'orientation fondamentaux sont soulignés. Ils confirment l'intuition de départ, à savoir la dispersion progressive des privilèges dans des éléments de définition inadéquats. L'éparpillement est encore assez insidieux chez M. HAURIOU, qui confond progressivement les différentes forces. Il sera confirmé plus tard, à la suite de M. HAURIOU. L'évolution observée est intimement liée à la décision exécutoire¹⁴⁸. Elle s'inscrit manifestement dans le sens d'un élargissement des concepts.

¹⁴² M. HAURIOU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 246.

¹⁴³ M. HAURIOU, *op. cit.*, 6^e éd., 1907, pp. 402 et 403.

¹⁴⁴ M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, p. 353.

¹⁴⁵ On trouve déjà l'expression "exécution provisoire" chez G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e éd., T. 8, Paris, Delamotte, 1870, p. 595.

¹⁴⁶ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 10 et 350, ainsi que p. 36 ("privilège de l'exécution préalable"), et du même auteur, mais dans l'édition refondue et mise à jour par A. HAURIOU du précis élémentaire, *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 9 et 18.

¹⁴⁷ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 350.

¹⁴⁸ Décision exécutoire dont G. DARCY s'est attachée à montrer les "glissements successifs de sens", "de la confusion à la multiplicité" (*op. cit.*, A.J.D.A., 1994, ici pp. 665 et 678).

1. Un élargissement des concepts

143. Une évolution liée à la "décision exécutoire". On sait que la puissance publique est au centre des préoccupations de M. HAURIUO et de ses théories¹⁴⁹. C'est, à son estime, ce qui fait la spécificité du droit administratif. La décision exécutoire figure au cœur de ses développements. Elle est la "clef de voûte de l'édifice"¹⁵⁰.

La notion est directement liée à la procédure contentieuse administrative et à la séparation des pouvoirs. La décision administrative exécutoire est en effet celle qui est susceptible de recours devant le Conseil d'État. Elle détermine en conséquence la compétence du juge administratif. En même temps et de manière corrélatrice, elle est protégée vis-à-vis du pouvoir judiciaire. La théorie de l'acte administratif, à l'élaboration de laquelle l'auteur consacra sa vie entière, trouve ainsi sa source directement dans le contentieux¹⁵¹.

Dans ce cadre, le privilège du préalable voit le jour sous la plume de M. HAURIUO dans la quatrième édition de son précis, soit en 1901. Il est directement lié à la notion de décision exécutoire avec laquelle il ne se confond toutefois pas, du moins dans un premier temps. Car les éléments de définition prêtés à la décision exécutoire, dans la troisième édition, comportent évidemment le caractère exécutoire attribué, dans la quatrième édition, au privilège de l'exécution préalable. Entre "l'exécutoire" et l'exécution, il y a une faible nuance, surtout liée au temps¹⁵². Ce qui devait nécessairement conduire, par la suite, au rapprochement des notions, mais aussi à l'extension corrélatrice du privilège du préalable. La décision exécutoire est en effet loin d'être une notion précise et sans ambiguïté¹⁵³.

¹⁴⁹ Rem. M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, p. 51 : "La théorie du privilège public n'est qu'une variation de la théorie de la puissance publique".

¹⁵⁰ M. HAURIUO, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, p. 412; 11^e éd., 1927, p. 374. Add. L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 237 : "la pierre angulaire de notre construction administrative".

¹⁵¹ "Le droit administratif français, et c'est une de ses originalités, écrit M. HAURIUO en 1897, a considérablement développé cette matière des recours contre l'acte en construisant toute une théorie de l'acte d'administration. Il définit cet acte : une décision exécutoire émanée d'une autorité administrative en vue de produire un effet de droit; il saisit la décision au moment où elle est exécutoire, avant même qu'elle ne soit exécutée, et contre elle accorde deux espèces de recours (...)" (*op. cit.*, 3^e éd., 1897, pp. 169 et 170; du même auteur, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, pp. 238 et 239).

¹⁵² En pratique, l'exécution forcée autorisée par la loi ou par le juge emportera plus facilement l'exécution volontaire. Mais cet effet concret procède précisément de ce que, dès le départ, il est possible de déterminer, à propos d'une obligation, si elle est susceptible d'exécution forcée ou non, de même que les limites de cette exécution. L'étude de l'exécution rejoint d'ailleurs intimement celle de "l'exécutoire" puisqu'il s'agit de déterminer à l'avance, en dehors d'une situation individuelle et concrète, la force exécutoire d'une obligation, ainsi que ses limites. En réalité, il est donc impossible de vraiment dissocier les deux concepts. Mais en théorie, la confusion est susceptible d'avoir de fâcheuses répercussions développées tout au long de l'étude, *sp. sub III*.

¹⁵³ À cet égard, voy. *infra*, *sp. n° 235*. En précisant d'emblée que l'ambiguïté porte sur l'assimilation du caractère exécutoire (pas nécessairement de manière forcée) avec la force obligatoire de l'acte, assimilation qui peut être rapprochée de celle rencontrée en droit civil.

Néanmoins, en 1901, le "privilège du préalable" est présenté comme se subdivisant en deux sous-privilèges : celui de l'exécution préalable et celui du silence ou de l'inaction¹⁵⁴. Il constitue une des théories très importantes des actes administratifs envisagés comme des manifestations de la puissance publique, à côté de l'unité de la puissance publique (1), l'indépendance de la puissance publique vis-à-vis de l'autorité judiciaire et le privilège de juridiction qui en résulte (2)¹⁵⁵.

En 1907, la "prérogative du préalable" est conçue différemment et connaît une extension significative. Elle est précisément rattachée à la décision exécutoire. L'activité administrative est conçue comme l'exercice de pouvoirs et de droits qui "se fait par des procédures privilégiées dont la base est la décision exécutoire munie de la prérogative du préalable"¹⁵⁶. Il s'agit d'une "garantie pour l'indépendance de la puissance publique" (p. 249). Dans le détail, la prérogative de l'exécution préalable comporte désormais quatre privilèges déjà énoncés¹⁵⁷.

D'une édition à l'autre, l'élargissement des concepts est frappant. Ultérieurement, il est maintenu, voire même accentué, toujours en symbiose avec la décision exécutoire, ce qui ressort aussi fortement de l'analyse effectuée au point 2.

En 1921, le caractère dominant de la gestion administrative est décrit comme étant opérée avec les prérogatives de la puissance publique qui sont notamment la puissance exécutive ou l'action d'office (c'est-à-dire le privilège du préalable dont on a changé le nom¹⁵⁸), procédure se décomposant (et donc englobant) des décisions exécutoires et des mesures d'exécution (p. 353). L'édition de 1927 assimile la prérogative de l'action d'office à la procédure par décision exécutoire (p. 10) et donc à la procédure exécutive (p. 350), toujours avec la même composition (décision exécutoire et mesures d'exécution). En 1943, il est même affirmé que les administrations publiques exercent leurs droits par une procédure privilégiée qui comporte l'action d'office, la décision exécutoire et l'exécution préalable des décisions par leurs propres agents¹⁵⁹.

De la sorte se vérifie l'assertion selon laquelle les concepts relatifs aux privilèges, au-delà du nom qui leur est donné, ont connu, au fil des versions de la théorie de M. HAURIUO, une extension favorable à la multiplication des éléments de définition et intimement liée à la décision exécutoire. Il reste à déterminer le sens précis de cette évolution à partir des différentes forces de

¹⁵⁴ M. HAURIUO, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 246.

¹⁵⁵ Après le § 3 consacré au privilège du préalable, suivent trois paragraphes afférents à l'obligation d'employer les procédures réglementées, la théorie des indemnités et la théorie de la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

¹⁵⁶ M. HAURIUO, *op. cit.*, 6^e éd., 1907, p. 401 et p. 402, *id.*

¹⁵⁷ Celui de l'initiative des actes, celui de l'exécution préalable des actes, celui de la compétence d'un juge administratif pour les litiges soulevés par les actes et les opérations, et celui de la liaison du contentieux par la décision préalable (*ibidem*, pp. 402 et 403).

¹⁵⁸ À noter à cet égard qu'en 1897, M. HAURIUO signalait déjà au titre de distinction entre l'acte administratif et le jugement, que le juge ne se prononce pas d'office à la différence de l'administrateur qui "agit souvent d'office" (M. HAURIUO, *op. cit.*, 3^e éd., 1897, p. 282).

¹⁵⁹ M. HAURIUO (A. HAURIUO), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 18.

l'acte. L'analyse textuelle qui suit peut paraître rébarbative, mais elle est essentielle pour bien comprendre la formulation actuelle des privilèges dans les précis de droit administratif.

2. Le sens principal de l'évolution

144. La confusion des forces exécutoire et obligatoire. Le sens principal de l'évolution des concepts et de leur élargissement est celui d'une confusion grandissante des forces obligatoire et exécutoire. La confusion est dès le départ latente dans le précis de M. HAURIOU. Mais elle s'accroît de manière considérable au fil des éditions.

Pour la montrer, le lecteur s'attend sûrement à pouvoir comparer différentes définitions données successivement aux privilèges par M. HAURIOU. Rien de tel dans ses différents précis. L'auteur ne procède pas par définitions, mais par théories nettement moins précises. Telle demeure d'ailleurs une difficulté récurrente avec les privilèges, encore d'actualité aujourd'hui. Le manque de précision complique fortement leur analyse. Rares sont les auteurs à livrer d'entrée de jeu une définition claire et concise. Par les privilèges, on décrit plutôt un contexte, une situation, presque un climat : la situation de l'administré confronté à l'action administrative, mêlée à celle de l'administration parfois mise en présence d'un administré récalcitrant¹⁶⁰.

Mais le lecteur pourrait se sentir en reste s'il ne pouvait se rendre compte lui-même du climat ambiant en doctrine et de la démarche généralement empruntée. Voici donc le donné brut à partir duquel l'analyse est entamée. Il s'agit de la première théorie livrée par M. HAURIOU à propos du privilège du préalable, en 1901. On remarquera qu'elle n'est pas très différente de ce que l'on trouve aujourd'hui dans les ouvrages généraux.

"§ 3. Le privilège du préalable.

La puissance publique a dans ses actes et opérations une sorte de privilège qui provient de sa nature même et de ce qu'elle doit être obéie; (...) on peut l'appeler le privilège du préalable. Il se résume en ces deux propositions : 1° Dans l'exécution des services et dans l'exercice de ses droits la puissance publique doit être obéie immédiatement, sauf réclamation ultérieure; 2° En principe, la puissance publique n'est pas tenue de répondre aux réclamations qu'on lui adresse soit pour solliciter son action, soit pour demander réparation du tort qu'elle a causé. En somme, le privilège du préalable se subdivise en deux, celui de l'exécution préalable et celui du silence ou de l'inaction. I. Privilège de l'exécution préalable.

(...) En principe, toutes les décisions de l'administration sont exécutoires par elles-mêmes et les actes passés en la forme administrative sont revêtus de la formule exécutoire (...); De plus, l'administration a le droit d'aller par ses seules décisions jusqu'au bout des opérations par lesquelles elle applique les lois ou assure les services publics pourvu, bien entendu, qu'elle observe les procédures légales; les réclamations des intéressés lésés par cette exécution préalable ne sauraient arrêter l'exécution de l'opération. (...)" (M. HAURIOU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, pp. 246 et 247).

¹⁶⁰ L'occasion rêvée, autrement dit, d'avancer toute une série d'éléments "de définition" relevant de forces juridiques différentes. Ce qui sera le cas plus tard, dès les versions ultérieures du précis de M. HAURIOU.

Conformément aux tendances dégagées en droit privé à propos des mêmes catégories, la confusion des forces obligatoire et exécutoire procède surtout de l'exécution volontaire dans la mesure où elle est indûment rapprochée de la force obligatoire de l'acte. Or, précisément, le contenu du caractère exécutoire de l'acte administratif a tendance à évoluer chez M. HAURIOU. D'exécutoire par la force, l'acte administratif devient progressivement exécutoire sans plus.

a. De l'exécution forcée vers l'exécution volontaire

145. L'exécution forcée progressivement canalisée. On s'en tient, pour commencer, aux seuls endroits entièrement consacrés au privilège du préalable dans les versions successives du précis de M. HAURIOU. La confusion des forces obligatoire et exécutoire n'y est pas manifeste. Mais le doute plane quant au mode d'exécution autorisé à l'administration. L'impression donnée est que l'exécution forcée est en principe autorisée, que tout est possible pour une administration toute puissante susceptible d'aller "jusqu'au bout"^{161 162}.

L'approximation trouve en réalité sa source dans la méthode retenue par l'auteur, dans un contexte incertain. M. HAURIOU s'est en effet fixé un objectif. Il souhaite préciser le principe explicatif, la notion clé du droit administratif qu'il pense trouver dans le concept de la puissance publique. Partant de cette idée, il compte bien dégager des règles générales applicables à l'ensemble de l'action administrative. Dans cette quête de l'absolu, l'auteur doit cependant faire face à deux réalités.

D'abord, la loi prescrit à l'administration un certain nombre de procédures, mais elle est loin de tout prévoir et préfère, le plus souvent, énoncer le caractère exécutoire des actes posés par différentes autorités dans des matières pour lesquelles elle les déclare compétentes.

Ensuite, le juge administratif n'a pas encore balisé l'action administrative de manière à ce que, en l'absence de texte précis, l'administration sache précisément jusqu'où elle peut aller dans "l'exécution". À l'époque, la réalité est plutôt l'indépendance administrative et l'absence d'un réel contrôle de son activité. Or, l'exécution des décisions est à l'évidence une matière administrative, même en l'absence de règles spéciales suffisamment établies. Dans ce contexte

¹⁶¹ En témoigne particulièrement la présentation que fait l'auteur de manière constante de la prérogative : "Une puissance publique armée de prérogatives légales qui exécute toutes ses volontés d'une façon préalable, les réclamations des administrés n'intervenant que contre l'acte accompli sans pouvoir en arrêter l'exécution" (1907, p. 387; 1921, p. 50; 1927, p. 39). En 1921, M. HAURIOU mêle sans vergogne action d'office et force publique : "La concentration de la puissance publique aux mains de l'administration centrale (...) consiste dans la concentration du droit de rendre les décisions exécutoires et de les faire exécuter par la procédure d'action d'office. Elle suppose, au préalable, la concentration de la force publique, laquelle a été la condition de la suppression des guerres privées et de l'établissement de la paix intérieure" (p. 98).

¹⁶² L'impression n'est pas isolée en doctrine. Voy. en particulier R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 21 à 23; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 8, p. 748; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 388, p. 546 : les développements du précis de M. HAURIOU "laissent l'impression que l'administration après avoir accompli un acte juridique, en assure l'exécution d'elle-même au besoin par la contrainte sans aucune intervention du juge". Elle est au demeurant partagée par les partisans de la puissance publique qui reconnaissent volontiers l'ambiguïté chez M. HAURIOU. Ainsi M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 84, 85 et 89, l'auteur soulignant l'extraordinaire confusion et l'imprécision de la terminologie de M. HAURIOU.

caractérisé par l'incertitude, l'effort théorique de M. HAURIOU était donc voué dès le départ à la recherche et la spéculation.

Aussi le privilège est-il conçu selon un mode caricatural pour commencer, apparemment respectueux de la distinction entre les forces obligatoire et exécutoire.

146. En 1897. En 1897, surtout, lorsque la décision exécutoire était seule avancée, la théorie présentait à cet égard des signes de bonne santé. La décision et les effets de droit qu'elle a en vue de produire (la modification de la situation juridique) étaient soigneusement distingués du caractère exécutoire qu'elle revêt¹⁶³. Au rang de l'exécution, il était avancé que la décision "produira des effets vis-à-vis des citoyens", tel l'arrêté de police du maire ou l'arrêté du préfet autorisant un établissement insalubre. Vis-à-vis d'une autorité administrative, elle s'imposera à une autre ou à son propre organe exécutif qui devra prendre des mesures d'exécution.

L'exécution était non seulement distinguée de la force obligatoire de l'acte mais, indéterminée, elle était conçue de manière large. M. HAURIOU allait jusqu'à préciser à cet égard que "Le seul point auquel il faille s'attacher, c'est donc que la décision soit *exécutoire*, c'est-à-dire tende à l'exécution par sa seule vertu. (...) s'il faut que la décision soit exécutoire, pas n'est besoin qu'elle soit exécutée; la question d'exécution est indifférente; l'exécution aura lieu ou n'aura pas lieu; elle se fera par un acte de force pure ou un acte juridique, qui constituera peut-être un second acte d'administration, peu importe"¹⁶⁴. À différents endroits, en revanche, il était parfois précisé que l'exécution visée est une exécution forcée¹⁶⁵.

En somme, fort logiquement, la décision exécutoire regroupait les deux forces de l'acte administratif, tout en assurant de temps à autre une certaine distinction.

147. En 1901. M. HAURIOU poursuit dans la même direction lorsqu'il livre une première théorie du privilège du préalable en 1901. Il la situe sur le terrain de l'exécution. Le privilège est d'ailleurs qualifié de "privilège de la force exécutoire" (p. 233)¹⁶⁶. L'exécution forcée n'est pas nécessairement la règle, mais elle semble permise à l'administration en toile de fond. En effet, le

¹⁶³ M. HAURIOU, *op. cit.*, 3^e éd., 1897, pp. 277 et 278.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 279. À différents endroits, il est encore fait référence de manière ponctuelle à la force exécutoire apparemment au sens large des actes de différentes autorités dont ceux du préfet (p. 457), ceux du conseil général (p. 462), ceux du maire (pp. 494 et 497 où il est tout de même respectivement précisé que le maire peut être amené à user de son droit de réquisition de la force armée et que les actes sont exécutoires par eux-mêmes et immédiatement), ceux du conseil municipal (p. 511). Mais à l'époque, de telles mentions sont à la fois classiques et imprécises. Voy. *infra*, la représentation plus empirique, II.B, n° 190 et s. On le perçoit déjà : M. HAURIOU n'est pas totalement affranchi du courant empirique.

¹⁶⁵ Ainsi, les actes de gestion et les actes de personne privée passés au nom de l'État et des départements entraînent "exécution parée" tandis que, passés au nom des communes ou d'établissements publics, ils ont tous les caractères des actes authentiques sauf "l'exécution parée" (p. 296). Voy. encore p. 597 (démolition immédiate), p. 602 (échenillage d'office), pp. 706 à 708 (états et contraintes).

¹⁶⁶ Si besoin en était, un article de M. HAURIOU et G. de BEZIN confirme l'assertion. Il s'agit de "La déclaration de volonté dans le droit administratif français", *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1903, pp. 543 à 586, déjà cité. Le privilège du préalable y est rapporté à la "vertu exécutoire" des actes administratifs (p. 545, suite de la note 2).

privilège permet à l'administration "d'exécuter elle-même son droit jusqu'à l'extrême limite, de mettre la partie adverse devant le fait accompli" (pp. 233 et 234). L'accent est surtout mis sur l'absence de choix pour l'administré. En ce qu'il concerne l'exécution préalable¹⁶⁷, le privilège est résumé par la proposition que "dans l'exécution des services et dans l'exercice de ses droits, la puissance publique doit être obéie immédiatement, sauf réclamation ultérieure" (p. 246). De la sorte, le principe a l'allure d'un objectif à atteindre, d'un modèle socio-politique, voire d'un principe de droit naturel¹⁶⁸. Mais il semble bien supposer les pleins pouvoirs dans le chef de l'administration. Car comment parvenir à l'obéissance immédiate¹⁶⁹ sans la menace constante d'une exécution forcée imminente¹⁷⁰ ?

Trois principes étayent la proposition sous trois *littera*. La même impression s'en dégage. Seul le premier principe paraît susceptible de porter à confusion, et encore de prime abord, parce qu'il se rapporte aux décisions de l'administration plutôt qu'à leur exécution.

M. HAURIOU dégage en effet le principe (a) selon lequel les *décisions* de l'administration ne sont soumises à aucune condition préalable si ce n'est celles qu'elle s'est imposées elle-même (point de décisions préjudicielles). L'exemple donné indique néanmoins que la condition préalable est liée à l'autorisation de l'exécution forcée par un juge, apparemment donc inexistante en ce qui concerne l'acte administratif. Il s'agit en effet de l'établissement du rôle de la contribution foncière dont il est mis en exergue qu'il n'est pas subordonné à la vérification par la justice de la qualité de propriétaire du contribuable taxé.

Les deux autres principes sont d'emblée plus éloquents. En vertu du deuxième principe (b), toutes les décisions de l'administration sont "exécutoires par elles-mêmes" (p. 246) et les actes passés en la forme administrative sont revêtus de la formule exécutoire (contraintes, baux, ventes, etc.). Le troisième (c) est affirmé comme "principe général". Il est étayé par un plus grand nombre d'exemples qui y sont "rattachés". Le principe est que l'administration "a le droit

¹⁶⁷ Il n'est pas utile de revenir sur le privilège du silence ou de l'inaction, puisqu'il a disparu comme tel avec le temps. À moins de voir dans le privilège de l'action d'office une forme de résurgence inversée ? En 1901, M. HAURIOU estimait déjà que des deux sous-privilèges, celui de l'exécution préalable était "le moins critiquable des deux" (p. 249). Cependant, il s'y rapporte approximativement puisque, selon ce privilège, l'administration est habilitée à se retrancher derrière son silence.

¹⁶⁸ Ce dont témoigne franchement la première phrase du paragraphe, cette fois relative au privilège du préalable dans son ensemble : "La puissance publique a dans ses actes et opérations une sorte de privilège qui provient de sa nature même et de ce qu'elle doit être obéie" (p. 246, *id.*). M. ROUSSET voit dans la procédure d'office "une notion politique" (*op. cit.*, 1960, p. 90).

¹⁶⁹ À noter simplement que la notion centrale d'exécution immédiate disparaît en 1907 (p. 405; elle apparaît seulement en note 2), devient provisoire en 1921 (p. 353) pour redevenir immédiate en 1927 (p. 350). Quant à la réclamation des intéressés, d'ultérieure, elle devient non susceptible d'arrêter l'exécution dans les versions ultérieures (*ibidem*).

¹⁷⁰ Comp. M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 85. Selon l'auteur, le doyen HAURIOU raisonne sur l'hypothèse unique de la décision impérative qui comporte sommation d'obéir. Aussi ne s'arrête-t-il pas sur la force obligatoire de la décision puisqu'elle peut être paralysée par le refus d'obéissance. Il s'attache à un élément plus saillant "et c'est alors qu'apparaît cette curieuse notion de "force exécutoire" qui, selon le cas, se ramènera "aux suites quelconques de l'acte" ou constituera le titre permettant l'exécution matérielle par la force de la décision". De là à soutenir que M. HAURIOU aurait purement et simplement inventé cette notion extensive de force exécutoire pour les besoins de la cause, il y a un pas à ne pas franchir. La notion de force exécutoire en droit public est classique. Elle est tantôt liée à la simple mise en œuvre juridique, tantôt assimilée à l'entrée en vigueur.

d'aller par ses seules décisions et par l'exécution forcée de ces décisions jusqu'au bout des opérations par lesquelles elle applique les lois ou assure les services publics pourvu, bien entendu, qu'elle observe les procédures légales; les réclamations des intéressés lésés par cette exécution préalable ne sauraient arrêter l'exécution de l'opération" (p. 247, *id.*; voy. aussi p. 233). Les exemples sont d'ordre divers¹⁷¹, mais ils témoignent chaque fois du fait accompli ou du recours ultime autorisé à la force publique, même s'il est avant tout espéré, comme pour tout droit *in abstracto*, que l'exécutoire de manière forcée suffise à permettre l'exécution volontaire, c'est-à-dire l'obéissance concrète.

148. En 1907. Dans l'édition de 1907, le privilège du préalable connaît une extension, ne fût-ce que parce qu'il comprend à l'avenir quatre privilèges. Joint à la décision exécutoire qui en est munie, il est la base des procédures privilégiées par lesquelles se réalise l'exercice des pouvoirs et des droits de l'administration. Mais, dans son sein, le privilège de l'exécution préalable des actes est réduit à une plus simple expression. Seuls subsistent, par rapport à 1901, les deux derniers principes formulés en termes généraux. Ils sont rassemblés en un seul principe dans lequel il est ajouté à l'impossibilité d'arrêter l'exécution de l'opération¹⁷² que "la puissance publique n'a pas besoin de s'adresser au juge pour obtenir de celui-ci des ordonnances ou des titres exécutoires" (p. 405). Les exemples de feu l'ancien troisième principe sont repris comme tels sous le seul et unique principe général.

En somme, le lien à l'exécution forcée s'accroît¹⁷³. Même si la définition donnée p. 381 comporte le pouvoir de "prendre, soit pour assurer l'exécution des lois, soit pour actionner ses services publics, des décisions exécutoires" (*id.*). Il est tout de même précisé que l'administration les "fait exécuter par mesure de police sans avoir besoin d'obtenir au préalable d'un juge la condamnation de la partie adverse" (*id.*).

¹⁷¹ Les ordres verbaux de la police, les perceptions d'impôt, la résiliation des marchés de travaux publics et de fournitures et la mise en régie, la délimitation du domaine public sans bornage préalable et le dressage des plans d'alignement, l'ordonnement des dépenses budgétaires et la liquidation des dettes, d'une façon générale les privilèges financiers, le droit d'exécuter les mesures administratives prescrites par la loi attentatoires au droit de propriété, enfin cette règle qu'en principe les recours contentieux contre les décisions administratives ne sont pas suspensifs de l'exécution.

¹⁷² Impossibilité qui figurait en 1901 (p. 248) et en 1907 (p. 406) comme 8^e exemple ou composante du principe général sous la forme de "cette règle qu'en principe les recours contentieux contre les décisions administratives ne sont pas suspensifs de l'exécution". La règle disparaît en 1921 (p. 354) et 1927 (pp. 351 et 352) pour être intégrée dans le texte.

¹⁷³ Par le privilège de l'exécution préalable se manifeste "la vertu exécutoire de l'acte" (p. 384). La puissance publique "exécute toutes ses volontés d'une façon préalable, les réclamations des administrés n'intervenant que contre l'acte accompli sans pouvoir en arrêter l'exécution" (p. 387). L'obéissance généralisée est néanmoins espérée : "En somme, les nécessités de la gestion des services justifient elles-mêmes l'emploi d'une police pour en assurer la régularité, et le privilège du préalable, qui signifie d'une certaine façon que la continuité du service public doit être obtenue par l'obéissance préalable de tous aux ordres de l'administration, naît spontanément" (p. 389). En ce qui concerne l'exécution des lois par la voie administrative, "des exécutions sont faites par voie de haute police qui entraînent des violations de domicile et de propriété et il ne se trouve pas de juge qui puisse être saisi en temps utile de recours, par conséquent la garantie de l'intervention du juge manque" (p. 388).

149. En 1921. En 1921, par contre, une rupture est apparente. Dans la dixième version du précis de M. HAURIOU, on se souvient que les procédures privilégiées de l'action administrative sont désormais rassemblées sous la "gestion d'office" qui comprend l'autodétermination ou l'initiative avec pouvoir discrétionnaire, et la puissance exécutive ou l'action d'office. Il semble donc que l'exécution préalable soit remplacée par la puissance exécutive ou l'action d'office. C'est du moins l'impression que donne la structure du texte dans lequel, à première vue, seul le sous-titre change d'intitulé¹⁷⁴.

Le nom du principe ne change toutefois pas grand chose au contenu. Il est avancé que l'autonomie de la puissance publique lui vaut "la prérogative de réaliser elle-même ses droits par ses propres moyens et sans avoir recours à l'autorisation préalable du juge" (p. 353). Suivent le principe de "l'obéissance provisoire" ou préalable ainsi que le caractère non suspensif des recours dont il est cette fois précisé, à l'aide d'un arrêt du Conseil d'État, que seul le juge peut très exceptionnellement ordonner le sursis à l'exécution. La plupart¹⁷⁵ des "anciens" exemples sont, quant à eux, repris sous la nouvelle appellation sans réelles modifications. L'exécution préalable a disparu. Seule subsiste l'exécution provisoire (p. 354).

150. En 1927. Dans l'édition de 1927¹⁷⁶, M. HAURIOU souligne encore plus visiblement l'exécution forcée dont il s'agit.

La procédure exécutive (par décision exécutoire) a remplacé la gestion d'office (p. 350), mais l'action d'office demeure (p. 10). Il y va d'un "pouvoir de décision exécutoire qui passe d'office, en principe, à l'exécution de ses propres décisions par ses propres agents (services administratifs, force publique, force armée)" (p. 350). La même idée est formulée différemment. Il est insisté sur ce qu'il s'agit d'une procédure "extra-juridictionnelle, en ce que l'intervention d'un juge n'est pas, en principe, nécessaire avant l'emploi des mesures d'exécution et qu'au contraire l'exécution est, en principe, préalable à l'intervention du juge, lorsque celle-ci se produit à la suite de recours contentieux". Autrement dit, les mesures d'exécution, "en principe, peuvent suivre immédiatement la décision exécutoire" (toujours p. 350).

¹⁷⁴ On verra en fin de parcours, dans le point b, n° 167, que la puissance exécutive ou l'action d'office vise en réalité plutôt le privilège du préalable que celui, plus précis, de l'exécution préalable.

¹⁷⁵ Un exemple a disparu, avalé par les principes. Il s'agit du caractère non suspensif des recours. En revanche, il en est ajouté un : le maintien de l'ouvrage public mal planté (5°).

¹⁷⁶ La version remaniée par A. HAURIOU en 1943, à la manière d'un précis élémentaire de droit administratif qu'elle est par ailleurs, résume en une seule prérogative la procédure privilégiée qui comporte l'action d'office, la décision exécutoire et l'exécution préalable des décisions par leurs propres agents. Un pas supplémentaire est franchi puisqu'il en donne "le sens général" auquel une force probante particulière est ajoutée à titre principal : "les prétentions de droit d'une administration publique exprimées dans une décision exécutoire par une autorité administrative qualifiée sont présumées incontestables" (p. 18). Le cœur de la prérogative reste toutefois que "l'exécution de ces prétentions de droit aura lieu par la voie administrative d'une façon préalable, c'est-à-dire sans qu'un juge soit intervenu et ait ordonné cette exécution; si un juge intervient, ce sera *a posteriori*, sur la réclamation de l'administré, peut-être après l'exécution, et, en tout cas, le recours contentieux ne sera pas de plein droit suspensif de l'exécution" (p. 18). À noter toutefois que l'exécution préalable ne figure pas avec l'action d'office et la décision exécutoire aux pp. 9 et 10, pour un contenu pourtant identique.

Quant à l'obéissance, outre le fait qu'elle soit redevenue immédiate, elle est directement placée sous le principe réapparu de l'exécution préalable des décisions administratives et de l'intervention du juge *a posteriori*.

Pour le reste, aucun changement n'a été constaté¹⁷⁷. Même l'exécution provisoire est maintenue (p. 352).

151. Constat. En somme, il ressort de l'évolution schématisée que le privilège du préalable a connu une extension telle, dans la théorie de M. HAURIOU, que l'élément essentiel qui le caractérisait au départ a peu à peu été cantonné à un rôle plus accessoire, sous la formule d'ailleurs plus spécifique du privilège de l'exécution préalable. Le sens de l'extension doit encore être précisé, même si l'expression privilège du préalable ne figure plus comme telle dans les éditions de 1921 et 1927¹⁷⁸.

Désormais, l'attention doit être focalisée sur l'exécution préalable, qui a même été jusqu'à changer apparemment¹⁷⁹ de nom en 1921, pour le retrouver toutefois en 1927. L'exécution préalable suppose le recours possible à l'exécution forcée dans toutes les versions. Néanmoins, le principe a connu une évolution significative qu'il convient maintenant d'établir.

152. L'exécution volontaire progressivement imposée. Au fil des éditions, en effet, l'exécution volontaire devient peu à peu la règle de l'exécution préalable parce que l'exécution forcée, de principe, passe à l'état d'exception.

L'évolution n'est pas indiquée de manière explicite dans le précis, ni même de manière significative par de profondes transformations dans la théorie relative au privilège. Au contraire, le principe est maintenu dans sa formulation. Ce qui traduit clairement l'attachement de l'auteur pour les catégories qu'il a formulées à ses débuts.

L'évolution procède plutôt des développements alentours liés au privilège. Elle apparaît en particulier à travers un "exemple" rattaché au principe général, le septième, devenu huitième en 1921 et 1927 (respectivement p. 354, ainsi que pp. 351 et 352). Il s'agit du "droit d'exécuter les mesures administratives prescrites par la loi, sans tenir compte des résistances préalables opposées au nom de la propriété, et même d'opérer une dépossession provisoire, sauf aux intéressés à faire valoir après coup et au fond leurs droits de propriété devant les tribunaux" (1901, p. 247; 1907, p. 406).

¹⁷⁷ Si ce n'est qu'il est indiqué pour la première fois dans le texte, au dernier exemple rattaché au principe général, que "l'exécution forcée de la loi par la voie administrative" n'est reconnue possible que dans certaines conditions (pp. 351 et 352). L'élément est développé un peu plus loin.

¹⁷⁸ Ni d'ailleurs dans la version de 1943.

¹⁷⁹ Il apparaît au point b, n° 167, que le changement de nom n'est pas fondamental puisque, de privilège de l'exécution préalable, il est devenu privilège de l'exécution provisoire. En effet, contrairement aux apparences, la puissance exécutive ou l'action d'office vise plutôt le privilège du préalable que celui, plus précis, de l'exécution préalable.

153. Évolution. Dans les deux premières éditions, le principe est accompagné d'une note également identique, stipulant que "l'autorité judiciaire ne peut pas, par la voie préalable du référé, maintenir ou rétablir en possession provisoire d'un local l'occupant expulsé par l'administration, alors même qu'il invoquerait un droit de propriété, d'usufruit ou d'habitation. La mesure administrative doit avoir le bénéfice de l'exécution provisoire. Ces principes ont été établis par le tribunal des conflits". Suit la même série d'arrêts.

En 1921, seul le libellé du début de l'exemple est modifié¹⁸⁰ et la note reste identique, si ce n'est que les principes deviennent des "errements" établis par le Tribunal des conflits, mais aussi par le Conseil d'État. La liste des arrêts augmente en conséquence. Avec cette remarque insidieuse entre parenthèses et reportant à des développements situés autre part dans le précis : "Sur cette matière de l'exécution forcée des lois par la voie administrative *considérée aujourd'hui comme très fâcheuse*, V. *supra*, p. 77" (idr). L'observation laisse percevoir une profonde évolution.

La remarque prend d'ailleurs du volume en 1927 car l'auteur indique cette fois dans le corps de l'exposé : "8° L'exécution forcée de la loi par la voie administrative dans les conditions où elle est reconnue possible (V. *infra*, *exécution forcée des lois*) et la façon dont cette exécution administrative suspend provisoirement l'effet des voies d'action judiciaire" (pp. 351 et 352). La note est conforme à la version précédente.

Ainsi donc, l'exécution forcée, toujours présente en toile de fond dans la définition de l'exécution préalable, ne serait tout à coup plus si évidente. À y regarder de plus près, l'exécution forcée ne figure d'ailleurs plus explicitement dans le corps du principe comme en 1901 (p. 247) et 1907 (p. 405). Elle est remplacée par la réalisation par ses propres moyens (1921, p. 353) et l'exécution par ses propres agents (1927, p. 350).

154. Confirmation. Les développements auxquels il est subitement renvoyé, qui ne figurent pas dans les versions précédentes¹⁸¹, confirment également que l'exécution forcée n'est pas la panacée de l'administration comme on l'avait laissé penser au départ. Au contraire, M. HAURIOU y affirme même qu' "Il faut bien se garder de confondre cette matière avec la précédente. La mission du pouvoir exécutif d'assurer par lui-même et d'une façon préventive l'application des lois ne concerne que l'exécution volontaire des lois par les citoyens et les moyens de la faciliter. Mais, si l'on pose la question de l'exécution forcée des lois et règlements

¹⁸⁰ De la manière suivante : "l'exécution forcée de la loi par la voie administrative, sans tenir compte des résistances préalables opposées au nom de la propriété, et même le droit d'opérer une dépossession provisoire, sauf aux intéressés à faire valoir après coup et au fond leurs droits de propriété devant les tribunaux judiciaires" (p. 354, idr).

¹⁸¹ Un indice pouvait déjà être trouvé dans la mention en note de ce que, contrairement aux ordres verbaux de la police, l'obéissance préalable n'est pas exigée pour ce qui est des règlements écrits de la police puisque, "poursuivi en contravention pour n'avoir pas obéi, on peut être acquitté si l'on fait la preuve de l'illégalité du règlement" (1901, p. 247, note 1; 1907, p. 405, note 2; 1921, p. 353, note 1; 1927, p. 351, note 1 où l'auteur dégage le principe selon lequel "les contraventions aux règlements sont poursuivies par la voie judiciaire devant le tribunal de simple police"). L'atténuation du principe se retrouve d'ailleurs dans le texte en 1927, p. 352. À noter au passage l'élément probant qui souligne le lien de la problématique avec l'acceptation de la preuve contraire en ce qui concerne la légalité présumée de l'acte administratif. À cet égard, voy. *infra*, n°s 280 et s.

par des voies d'exécution sur la personne ou sur les biens, la situation change du tout au tout. Ici, l'on ne peut plus dire que l'exécution forcée soit du ressort du pouvoir exécutif. Au contraire, il faut poser en principe qu'elle est du ressort de l'autorité judiciaire, soit parce qu'elle doit être précédée de condamnations judiciaires sur le fond de l'infraction à la loi, soit, tout au moins, parce qu'elle doit être obtenue par des voies d'exécution qui, en elles-mêmes, constituent des procédures judiciaires" (1921, p. 77).

Plus rondement encore en 1927 : "Il ne faut pas confondre l'exécution forcée des lois et règlements avec l'exécution volontaire. Autant le pouvoir administratif est compétent pour assurer l'exécution volontaire des lois, autant en principe, il est incompétent pour assurer leur exécution forcée" (p. 475).

Apparaissent ainsi progressivement à ces endroits les conditions strictes posées par la jurisprudence au recours à la force publique en l'absence de sanctions pénales. Elles seront étudiées en détail au titre II, mais il faut d'ores et déjà insister sur ce qu'elles ont été imposées en 1902, c'est-à-dire *entre-temps*, au lendemain de la théorie initiale de M. HAURIOU. Elles vont à contre-courant de cette théorie et expliquent, en conséquence, le changement radical initié, même si l'auteur tente de le contenir en dehors de ses principes. Le plus étonnant dans l'évolution est en effet de voir persister la formulation initiale et absolue des privilèges en dépit de ce changement. L'auteur n'est pourtant plus en mesure d'affirmer le principe de l'exécution préalable. Ce principe correspond visiblement à une époque révolue.

155. M. HAURIOU à contre-courant. Néanmoins, l'auteur s'accroche à ses principes. Trois éléments permettent de l'affirmer.

Premier élément. Une sorte de résumé incomplet de plusieurs considérations liées à la nécessité de l'intervention du juge pour recourir à l'exécution forcée figure, dans l'édition de 1927, au rang d'atténuations du principe de l'exécution provisoire. Ce résumé est formulé sous un titre éloquent : "La puissance publique ne peut pas, sans l'intervention d'un juge, ramener à exécution absolument toutes ses décisions. Il y a des exceptions" (pp. 352 et 353). Pourtant, les mesures d'exécution administrative sont aussitôt limitées aux cas d'urgence dont il est écrit au surplus qu'ils sont exceptionnels. Les exceptions sont donc la règle. Il faut y voir une résistance de l'auteur à accepter l'évolution du droit. Il faut y voir aussi une preuve que l'exécution forcée était bel et bien visée au sein de la force exécutoire administrative dans les premières versions du précis.

Deuxième élément. M. HAURIOU va jusqu'à prendre la peine de préciser en note, en fin de résumé, qu' "Il ne faut cependant pas s'exagérer le caractère exceptionnel du droit administratif à ce point de vue des voies d'exécution extrajudiciaires. Il y a encore des cas nombreux où on se rend justice soi-même, surtout dans les branches d'activité humaine qui sont relativement nouvelles et dans les situations où les rapports sont encore mal réglés", y compris en droit privé (p. 353, note 1). Pourtant, l'auteur vient d'établir, en règle, l'absence d'exécution forcée¹⁸².

¹⁸² Aussi aurait-on préféré voir l'auteur énoncer les hypothèses où la loi prévoit expressément la faculté de recourir à la force, mais dans des hypothèses déterminées, caractérisées par l'urgence, plutôt que de se raccrocher, pour définir un privilège, à d'autres matières ou au droit commun, et de continuer à affirmer très vaguement à

Troisième élément. La jurisprudence met du temps à pénétrer la théorie de M. HAURIOU, surtout lorsqu'elle la met directement en cause. Tel est en particulier le cas d'un arrêt "Société immobilière de Saint-Just", prononcé par le Tribunal des conflits le 2 novembre 1902¹⁸³, pourtant annoté par l'auteur en 1904, dont on verra au titre II qu'il est aujourd'hui considéré comme étant à la source de la théorie jurisprudentielle relative à l'exécution d'office. Pourtant, M. HAURIOU n'en fait pas état dans la sixième édition de son précis qui date, pour rappel, de 1907. Il n'en fait pas état, du moins à l'endroit où il aborde le privilège¹⁸⁴. Fait d'autant plus étonnant que l'affaire concerne une matière apparentée, pour ne pas écrire similaire, à d'autres arrêts auxquels il a déjà été fait référence parce qu'ils sont mentionnés à l'appui de considérations liées à l'exécution forcée. En 1901, déjà, l'autorité judiciaire était en effet considérée comme ne pouvant pas, par "la voie préalable du référé", maintenir ou rétablir en possession provisoire d'un local l'occupant expulsé par l'administration, alors même qu'il invoquerait un droit de propriété, d'usufruit ou d'habitation. "La mesure doit avoir le bénéfice de l'exécution provisoire", décrète M. HAURIOU¹⁸⁵ à partir de principes établis, selon lui, dans différents arrêts du Tribunal des conflits à l'occasion de l'exécution des décrets du 29 mars 1880 et des laïcisations d'écoles publiques. La version est identique en 1907 (p. 406, note 1). En 1921 et 1927, par contre, on peut constater que l'auteur a ajouté des exemples à l'occasion de l'exécution des lois de 1901 sur les congrégations et de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État (resp. p. 354, note 2, mais aussi pp. 79 et 80, et p. 352, note 1, de même que p. 34 et pp. 474 à 479) parmi lesquels figure cette fois l'arrêt en question.

156. M. HAURIOU dans l'impasse. L'auteur se trouve dans une impasse, en réalité. Il veut à tout prix trouver des applications au principe qu'il a dégagé par le passé. Mais il se rend compte que les mesures d'exécution forcée administrative sont peu nombreuses, souvent liées à l'urgence, et que les autres mesures d'exécution forcée sont judiciaires, c'est-à-dire qu'elles requièrent l'intervention préalable du pouvoir judiciaire.

C'est de la sorte qu'il faut comprendre les propos de l'auteur lorsqu'il écrit que "Sans doute, dans les cas d'urgence, des mesures d'exécution administrative peuvent être prises. C'est ainsi qu'en période d'état de siège, un débit de boisson pourra être fermé *manu militari*, ou encore, qu'en matière d'établissement industriel dangereux, les scellés pourront être apposés sur certains appareils; mais ces cas d'urgence sont exceptionnels. D'autre part, il y a des mesures d'exécution, soit vis-à-vis des personnes, soit sur les biens, qui sont réservées à l'autorité judiciaire, et qu'en aucun cas l'autorité administrative ne saurait employer. C'est ainsi que si certaines expulsions sont possibles, en revanche il ne saurait y avoir d'emprisonnement prolongé par mesure de police et que, vis-à-vis des biens, si des mesures conservatoires telles que les *scellés administratifs* et les *saisies en douanes* sont licites, les saisies mobilières et immobilières suivies de vente ne sont possibles qu'après l'intervention de l'autorité judiciaire"

propos des matières administratives, qu'il "est admis pratiquement que l'administration fait d'elle-même, d'office, tout ce qui est nécessaire pour l'exécution des services publics et le fait avec droit".

¹⁸³ S., 1904.3.17.

¹⁸⁴ L'arrêt figure en effet p. 372 au moment d'étudier la voie de fait.

¹⁸⁵ M. HAURIOU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 248, suite de la note 2 de la page précédente.

(1927, pp. 352 et 353). La réflexion apparaît en 1927, comme il ressort encore d'autres extraits¹⁸⁶.

Aussi M. HAURIOU tente-t-il de suggérer une différence de régime entre l'exécution de la loi et des règlements, d'une part, et celle des décisions particulières, d'autre part. Seules les dernières seraient susceptibles d'exécution d'office. Selon l'auteur, en effet, "Notre droit admet la discussion préalable de la légalité des règlements administratifs, tout au moins des règlements de police (art. 471, n. 15, du C. pén.), mais il n'admet pas la discussion préalable de la légalité des décisions exécutoires particulières (1921, p. 16; 1927, p. 8). C'est évidemment perdre de vue que le règlement général suppose la prise d'une décision individuelle pour être appliqué. En deviendrait-elle, par cela seul, exécutoire d'office ?

Aussi l'auteur classe-t-il encore parmi les voies d'exécution extrajudiciaires qui sont autorisées, des comportements présentés comme des mesures d'exécution administrative, mais que les particuliers peuvent parfaitement adopter sans avoir besoin de recourir au juge. Il affirme dans cette perspective que, le plus souvent, l'exécution provisoire "sera réalisée par des mesures de service ne faisant point figure de voies d'exécution judiciaires; c'est un fonctionnaire révoqué qui sera remplacé dans son service, un marché de fournitures qui sera rompu, une fourniture qui sera refusée, une allocation qui sera supprimée, etc." (1927, p. 353). Et il ajoute de manière très habile que "dans ces cas, l'exécution administrative conserve une allure extrajudiciaire qui la met en dehors du droit commun".

La conclusion paraît à première vue correcte dès lors que l'exécution forcée, en droit commun, requiert en principe l'intervention du juge. À la réflexion, toutefois, les exemples donnés ne constituent pas des mesures d'exécution forcée. Ils sont de surcroît conformes au droit commun. Ce qui explique peut-être pourquoi l'auteur abandonne subitement, dans cette édition, la comparaison avec le droit commun, initiée en 1907 pour justifier le privilège¹⁸⁷.

En effet, pour se réaliser, les décisions visées supposent non leur exécution forcée, mais seulement d'être prises et d'être suivies par leur obéissance ou leur exécution volontaire par l'intéressé, lorsqu'elle est nécessaire ou susceptible d'intervenir. En l'espèce, elles supposent que le fonctionnaire quitte volontairement son service ou que le fournisseur reparte avec sa marchandise. Il s'agit en quelque sorte d'obligations corrélatives à l'éventuel droit de prendre de telles décisions ou, dans le cas contraire, de voies de fait. En définitive, elles procèdent surtout de la nature même des choses, de la situation concrète qui met provisoirement une des parties en position de force par rapport à l'autre. Ainsi, en particulier, la suppression d'une allocation qui n'est, quant à elle, pas susceptible d'une obligation quelconque dans le chef de l'administré, encore qu'elle puisse parfois donner lieu à restitution. Mais, même dans ce cas, l'administré n'est pas réellement en position de force car il se voit tout de même supprimer une allocation.

¹⁸⁶ En 1921, M. HAURIOU décrète que les décisions administratives "s'exécutent d'office, nonobstant toutes voies d'opposition ou de recours" (p. 16), "dans la mesure - ajoute-t-il en 1927 - où elles n'exigent aucune des voies d'exécution dont l'application est réservée aux tribunaux judiciaires (saisie immobilière, contrainte par corps, etc.)" (p. 8). Comp. encore les pp. resp. 10 et 20 : l'intervention du juge n'est pas préalable à la mesure d'exécution; l'auteur ajoute en 1927 : sauf s'il s'agit de voies d'exécution réservées aux tribunaux judiciaires.

¹⁸⁷ À cet égard, voy. *infra*, b, n° 166. L'auteur cite même le droit de rétention comme manifestation privée de l'action directe, dont on trouve précisément un apparentement dans les exemples donnés (p. 354, note 1).

Ceci dit, dans les deux premiers exemples, l'exécution volontaire des "obligations" ne va pas nécessairement de soi. Le fonctionnaire peut refuser de quitter son service. Le fournisseur peut tenter de décharger la marchandise. Le cas échéant, l'administré peut même refuser de restituer l'indu prétendu. Le cas échéant, le recours à la force publique peut s'avérer nécessaire. Le plus souvent, dans ce genre de situations, le fait prend le pas sur le droit¹⁸⁸.

Les exemples donnés n'emportent pas non plus de différence par rapport au droit commun, à considérer les mêmes relations liant des particuliers. Ainsi, l'employeur peut décider de licencier et de remplacer son employé pour faute grave. Des fournitures peuvent être refusées par un cocontractant. Le paiement d'une prime ou d'un salaire peut être supprimé.

157. Conclusion. En somme, à la lecture des développements alentour, l'exécution préalable est réduite à peu de choses comparée à la formulation absolue du principe encore dans la onzième édition¹⁸⁹. L'analyse qui précède a permis de démontrer que, désormais, elle concerne le plus souvent une exécution de type volontaire, mis à part des cas d'urgence assez exceptionnels.

Or, le plus souvent, l'exécution volontaire n'est pas un privilège car elle ne s'écarte pas de la règle en droit commun. Le seul privilège qui puisse exister consiste dans l'exécution forcée préalable à l'intervention du juge. Il continue d'ailleurs d'être présenté comme tel par M. HAURIOU, ce qui conduira, par la suite, au dérapage collectif d'une grande partie de la doctrine française et belge sur ce point¹⁹⁰.

Pour finir, deux autres évolutions liées à l'exécution doivent encore être signalées parce qu'elles modifient et bouleverseront ultérieurement (plus récemment) le visage des privilèges. Ces évolutions diffèrent de la première parce qu'elles sont renseignées de manière explicite. La première concerne l'exécution aux risques et périls de l'administration si elle exécute avant l'expiration du délai pour introduire un recours contentieux ou avant que le recours ne soit jugé s'il en a été introduit un. Le tempérament est présenté en 1921 comme une atténuation au principe de l'exécution provisoire, de nature à réduire le principe à ses "véritables limites" (1921, pp. 354 et 355 ainsi que p. 358; 1927, p. 352). La seconde évolution est plus importante. En 1921, M. HAURIOU prend le pli de signaler que le juge peut très

¹⁸⁸ Rem. à cet égard l'analyse faite dans le titre II, n° 373 et s.

¹⁸⁹ Le caractère absolu de la formulation n'est pas atténué si on considère que la puissance exécutive ou l'action d'office vise et a remplacé le privilège du préalable plutôt que celui, plus précis, de l'exécution préalable. Car la réalisation par ses propres moyens et l'exécution par ses propres agents, relatés avant d'aborder l'obéissance provisoire ou immédiate et le privilège ou principe de l'exécution provisoire, font évidemment partie de ceux-ci, à la différence de l'élément décisionnel. Le privilège du préalable, à l'instar de la décision exécutoire, comporte en effet celui de l'exécution préalable qui en est, en conséquence, un élément constitutif.

¹⁹⁰ Comp. L. SFEZ, *op. cit.*, 1966, pp. 406 à 429, sp. p. 425. L'auteur soutient que M. HAURIOU n'a pas confondu la décision exécutoire avec la décision susceptible d'exécution forcée. Mais il n'aperçoit pas l'importance à cet égard de l'élément (pourtant relevé) lié à l'intervention du juge. Même à soutenir ce point de vue, il faut donc conclure, en toute hypothèse, à l'erreur chez M. HAURIOU. Elle consiste dans l'identification d'un privilège à un endroit où il n'y en a pas et dans l'établissement d'un lien avec l'intervention du juge là où celle-ci n'est pas requise ordinairement. Le dérapage ultérieur est souligné *infra*, sub III. Mais il trouve une explication supplémentaire dans la représentation empirique, sub II.

exceptionnellement ordonner le sursis à exécution (p. 353; 1927, pp. 350 et 351). Soit deux évolutions liées aux modalités du contrôle de l'action administrative, qui ont déjà permis de conclure au caractère inadapté des privilèges aujourd'hui, en droit français comme en droit belge¹⁹¹.

b. De l'exécution volontaire vers la force obligatoire

158. Une "logique de confusion". Il convient maintenant d'élargir l'analyse des versions retenues du précis de M. HAURIUO à l'ensemble des considérations liées aux privilèges, privilège du préalable compris, et plus seulement aux endroits précis où le privilège de l'exécution préalable, à titre principal, reçoit une "définition". La nouvelle perspective permet de prendre conscience que, dès 1901, les premiers signes d'une confusion possible entre les forces obligatoire et exécutoire apparaissent clairement. Ils seront largement confirmés et accentués par la suite. Cela n'a d'ailleurs rien d'anormal dès lors que le privilège du préalable est peu à peu rapproché de la décision exécutoire. En effet, celle-ci contient par nature les deux forces considérées à travers les deux termes qui composent l'expression.

Avec le recul, il peut même être avancé que l'accentuation de la confusion évolue de pair avec les atténuations progressivement apportées à l'exécution préalable, telles que montrées ci-dessus. Au fur et à mesure que la règle de l'exécution forcée s'estompe, l'analyse se focalise sur l'élément décisionnel, c'est-à-dire sur la force obligatoire. Auparavant, il semble même que la décision ait été masquée en partie par le phénomène exécutoire. Désormais, toutes les conditions sont réunies pour confondre exécution volontaire et force obligatoire, du moins les assimiler dans une phase précontentieuse favorable à la globalisation.

Ce qui commence chez M. HAURIUO est accentué par la suite avec ceux qui lui ont succédé. De telle manière que si l'on ose ramasser cinquante ans d'histoire en une seule phrase, on peut supposer qu'il fallait en quelque sorte trouver un substitut à l'exécution forcée pour définir le privilège du préalable. Il faut en effet rappeler que la notion de privilège du préalable disparaît du précis de M. HAURIUO dans les deux dernières éditions de 1921 et de 1927. Or, elle figure aujourd'hui dans bon nombre de précis et revêt un sens large intimement lié à la force obligatoire (à laquelle s'est ajoutée la force probante). Le privilège de l'exécution préalable, quant à lui, semble avoir "filé" du côté de l'exécution d'office¹⁹².

La matière n'est pas facile, à vrai dire. L'amalgame est la règle pour qui n'a pas en tête les distinctions opérées au début du chapitre. L'idée d'obéissance, en particulier, mise en avant par

¹⁹¹ Voy. *supra*, n° 91 et 97.

¹⁹² Tout est permis au stade des suppositions. À noter qu'aujourd'hui le principe de l'obéissance est généralement situé au sein du privilège du préalable, ce qui montre bien l'ambiguïté du concept dès 1901. Chez M. HAURIUO, en effet, l'exécution d'office est largement assimilée à l'obéissance immédiate et à l'exécution préalable ou provisoire. Y compris dans les dernières versions, les décisions administratives "s'exécutent d'office, nonobstant toutes voies d'opposition ou de recours" (1921, p. 16; 1927, p. 8). Le pouvoir de décision exécutoire "passe d'office à l'exécution de ses propres décisions" (1927, p. 350).

M. HAURIUO, prête cruellement à confusion. À l'instar de l'obligation, elle est ambiguë car elle peut être rattachée à différentes forces.

Pour rappel, M. HAURIUO résume l'exécution préalable par la proposition que "dans l'exécution des services et dans l'exercice de ses droits, la puissance publique doit être obéie immédiatement, sauf réclamation ultérieure"¹⁹³. Or, "ce qui doit être obéi" définit l'obligation juridique. En même temps, l'obéissance se rapporte à l'exécution concrète qui peut être volontaire et n'est pas toujours forcée. Bref, l'idée d'obéissance permet de glisser très facilement d'une force à l'autre, en l'espèce vers la force obligatoire¹⁹⁴.

C'est ce qui semble s'être produit en pratique, une fois les déceptions essuyées par l'auteur en ce qui concerne l'exécution forcée. L'exécution volontaire est en effet propice au glissement, car on finit par croire, le cas échéant, que la décision se suffit à elle-même.

Certes, on a estimé plus haut que l'exécution forcée constitue au départ le noyau dur du privilège du préalable, au moins du privilège de l'exécution préalable. Mais il faut reconnaître que, dès ce moment, toute la rigueur (aujourd'hui) souhaitée n'est pas toujours présente dans la distinction des concepts. On ne parvient jamais à être catégorique, en particulier, quant à l'inclusion ou non du pouvoir de décision dans la définition du privilège¹⁹⁵. Et pour cause. M. HAURIUO cherche. Et sa recherche le conduit irrésistiblement vers la manière privilégiée de décider.

159. Premiers indices. Dans le précis de M. HAURIUO, le cheminement est, dans un premier temps, concentré dans une partie du précis consacrée à la définition de la décision exécutoire située après la définition du privilège. L'angle de définition conduit toutefois naturellement à rejoindre le privilège. Il est axé sur le contentieux. Il s'agit d'une théorie matérielle de l'acte ou théorie des décisions exécutoires, c'est-à-dire des actes d'administration envisagés au point de vue de leurs effets de droit et des recours contentieux (la fonction juridique de l'acte) (pp. 276 et s.). La description du privilège, quant à elle, est située au cœur d'une théorie formelle de l'acte ou théorie des actes administratifs envisagés comme manifestation de la puissance exécutive (la forme de l'acte, c'est-à-dire le fait qu'il émane des organes de la puissance publique). L'ensemble forme la théorie des actes de l'administration¹⁹⁶. En réalité, la distinction emporte de nombreux chevauchements¹⁹⁷.

¹⁹³ M. HAURIUO, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 246.

¹⁹⁴ L'obéissance va par exemple jusqu'à être revendiquée au sein d'une "vaste institution disciplinaire dont les administrés eux-mêmes font partie en qualité de sujets; les décisions exécutoires émises par les autorités administratives sont des ordres disciplinaires, elles font un appel énergique à la discipline de l'institution administrative et les situations qu'elles créent doivent être respectées de tous par obéissance à la discipline" (M. HAURIUO, *op. cit.*, 6^e éd., 1907, p. 420; 10^e éd., 1921, p. 401).

¹⁹⁵ En 1901, pour rappel, le privilège de l'exécution préalable est défini comme le principe général selon lequel "l'administration a le droit d'aller par ses seules décisions et par l'exécution forcée jusqu'au bout des opérations légales (...)" (p. 247, *id.*; 1907, p. 405).

¹⁹⁶ Du nom du chapitre II du livre premier de la partie droit administratif du précis : théorie des actes d'administration. Les deux sous-théories sont abordées dans les deux premières sections du chapitre.

¹⁹⁷ La distinction trouve son origine dans l'édition de 1897 entre les actes administratifs au sens général de la fonction administrative et les actes d'administration au sens des recours contentieux. Les actes d'administration

Dans cette deuxième approche de l'acte administratif, M. HAURIOU se laisse à plusieurs reprises tenter par l'assimilation des forces.

Dès 1901, l'auteur résume ainsi le privilège du préalable antérieurement "défini" comme conférant à la puissance publique "le pouvoir d'aller d'une façon unilatérale et par ses seuls actes juridiques jusqu'à l'extrême limite de l'exercice de ses droits" (p. 276, *id.*). L'expression "d'une façon unilatérale" est pour la première fois mentionnée comme telle au sein du privilège du préalable dans le précis¹⁹⁸. Elle est susceptible d'accentuer fortement l'élément décisionnel. Sans doute faut-il (peut-on) la comprendre comme indiquant l'absence du concours requis de l'intervention du juge, le cas échéant pour exécuter par la force. Cependant, on verra plus loin que l'unilatéralité sera bel et bien introduite dans la définition du privilège par la suite. Si bien qu'il est loisible de l'interpréter autrement.

Il faut reconnaître que l'amalgame était facile à l'époque, voire le maintien de la distinction difficile, entre la décision préalable et le privilège du préalable. En effet, la théorie est en pleine formation. Pourquoi dès lors en restreindre le sens dans un système où, il faut le rappeler, l'ensemble du régime administratif est conçu comme étant différent et inégal par rapport à celui des particuliers¹⁹⁹ ? Ce dont témoigne la suite du paragraphe partiellement cité : "il était bien juste que l'administration ayant le droit de prendre ses décisions d'une façon préalable, les soumit à discussion une fois prises avant leur exécution, afin de ne pas créer des situations irréparables" (pp. 276 et 277, *id.*).

L'extrait suscite deux remarques.

Premièrement, il souligne la coexistence permise d'éléments de définition disparates - car procédant de forces différentes - dans une même notion, et ce malgré l'objectif poursuivi avec l'élaboration de cette notion, à savoir l'identification d'un privilège. Certes, la situation contentieuse y est globalement favorable. Mais, dans ce contexte, le souci de l'auteur n'est plus d'identifier un privilège précis dans le chef de l'autorité administrative par rapport au droit commun. Il tend, au contraire, vers la description d'une situation privilégiée perçue globalement, qui fait étrangement penser au privilège de juridiction.

sont considérés comme "une variété spéciale assujettie aux recours contentieux". Selon l'auteur, "Cette distinction est de nature à écarter bien des causes de confusion fâcheuses qui obscurcissent la théorie de l'acte d'administration" (p. 271). Au contraire, il semble qu'elle en ait provoqué. La distinction n'est plus aussi rigoureuse dès 1901 (p. 239). Elle semble avoir perdu de son intérêt pratique, notamment avec l'altération du privilège du silence ou de l'inaction.

¹⁹⁸ L'auteur renvoie pourtant à la définition précédemment donnée au privilège dans la théorie formelle de l'acte administratif.

¹⁹⁹ L'élément apparaît de manière particulière dans l'article déjà cité que M. HAURIOU écrit avec G. de BEZIN en 1903 dans la *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*. Les auteurs critiquent un auteur italien, U. BORSI, qui ne rattache la vertu exécutoire des actes administratifs qu'à la puissance publique, c'est-à-dire à un élément extérieur de l'acte. Pour les auteurs, ils conviennent de la rapprocher également de la valeur juridique propre de l'acte. Leur conclusion est que "si les caractères spéciaux de la vertu exécutoire des actes administratifs, et particulièrement le privilège du préalable, se rattachent à la puissance publique, le fondement premier de cette vertu exécutoire se trouve dans la responsabilité morale de la personne administrative, responsabilité éveillée et conditionnée par la déclaration de volonté, c'est-à-dire par l'acte" (p. 545, suite de la note 2; voy. aussi la conclusion pp. 584 à 586).

Deuxièmement, l'extrait révèle une contradiction importante dans la théorie de M. HAURIOU. Sa mise à nu est intéressante parce qu'elle confirme la nature factuelle et contentieuse de cette théorie.

En effet, la décision exécutoire est envisagée comme une catégorie comprenant les actes produisant par eux-mêmes un effet de droit. La catégorie est utile dans la mesure où seuls lesdits actes créent un contentieux contre eux-mêmes, à la différence des mesures de préparation et des mesures d'exécution. L'auteur insiste cependant sur le caractère exécutoire et non encore nécessairement exécuté de la décision. Selon lui, c'est une originalité incontestable du droit administratif de permettre la discussion de décisions avant leur exécution.

L'assertion est étonnante. Car tel est précisément le régime en droit privé. L'auteur justifie d'ailleurs la spécificité par sa règle contraire, puisque la prétendue règle serait, à son estime, la conséquence logique du privilège du préalable²⁰⁰. Or, ledit privilège assure précisément à la puissance publique l'obéissance préalable, c'est-à-dire "le pouvoir d'aller d'une façon unilatérale et par ses seuls actes juridiques jusqu'à l'extrême limite de l'exercice de ses droits" (p. 276). Ce qui laisse évidemment deviner qu'en pratique l'acte sera le plus souvent exécuté avant que la discussion n'aboutisse²⁰¹. D'où la contradiction.

M. HAURIOU n'écrit pas autre chose en d'autres lieux lorsqu'il soutient que le privilège de la force exécutoire ou du préalable permet à la puissance publique de "mettre la partie adverse en présence du fait accompli" parce qu'il lui permet d'exécuter elle-même son droit jusqu'à l'extrême limite (pp. 233 et 234). D'un côté, "l'exécution préalable est corrigée par le contentieux auquel elle donne naissance par elle-même"; mais, d'un autre côté - ce que vise évidemment à occulter l'expression "et, d'ailleurs", utilisée dans la même phrase -, "il faut reconnaître que l'administration ne procède en général à l'exécution qu'après avoir pris des décisions de principe et laissé aux intéressés le temps de les attaquer par le recours pour excès de pouvoir" (p. 249). Ce dont on peut douter en pratique, sauf à témoigner une confiance aveugle dans la bonne volonté de l'autorité.

160. Une confusion latente. La confusion latente entre forces obligatoire et exécutoire apparaît de manière plus manifeste encore à d'autres endroits. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'elle était dès le départ facilitée par la notion contentieuse de décision exécutoire, même si M.

²⁰⁰ En plus du principe de la publicité de ses actes.

²⁰¹ La lecture du précis de M. HAURIOU permet de relever à plusieurs endroits ce genre d'utopies. À propos des privilèges, voy. encore 1907, p. 387; 1921, pp. 50 et 51; 1927, p. 40. Dans le même ordre d'idées, l'auteur attache une grande importance à la bonne volonté des administrés sans laquelle la régularité dans l'exécution d'un service public n'est pas possible, à son estime, aussi bien organisé que soit le service. La considération n'est certainement pas dénuée de tout fondement. On sait pertinemment bien que les services de police, pour prendre un exemple marquant, ne peuvent pas être partout en même temps. Et pourtant l'ordre règne. Sans doute en conséquence y a-t-il "une différence entre l'administration qui procède par coups de force et celle qui s'exécute paisiblement et régulièrement, elle provient de ce que dans le premier cas il y a effort isolé du pouvoir politique et dans le second cas effort combiné, coopération des administrés" (p. 232). Il faut toutefois bien reconnaître que c'est surtout la perspective d'être sanctionné ou "exécuté" qui motive le plus souvent la coopération des administrés (sans doute conjuguée à l'incertitude d'une résistance généralisée dans la mesure où, à défaut, la sanction ou l'exécution est bien réelle).

HAURIOU était bien décidé à distinguer les deux éléments, y compris en 1901, dans le prolongement de ce qu'il écrivait en 1897.

Toujours au moment d'aborder la théorie matérielle de l'acte à travers la notion de décision exécutoire, M. HAURIOU distingue en effet "la forme exécutoire" de l'acte, d'une part, de "l'effet de droit" que son auteur compte produire, d'autre part (pp. 278 et s.)²⁰². Il écrira jusqu'en 1927 que "les deux éléments sont séparables"²⁰³. Pour l'auteur, le premier élément est formel, le second de fond.

La distinction est cependant délicate²⁰⁴, on le perçoit dès l'introduction en 1901, introduction qui ne figurera d'ailleurs plus dans les éditions suivantes. L'auteur écrit en effet que "Pour produire l'effet de droit qu'elle tend à réaliser et pour être susceptible de recours contentieux, la décision exécutoire doit être *exécutoire*, c'est-à-dire *tendre désormais à l'exécution par sa seule vertu*, sans qu'il s'interpose entre la décision et le commencement d'exécution aucun délai moratoire ni aucune approbation d'autorité supérieure" (p. 278). L'auteur paraît ainsi vouloir d'abord établir le lien qui unit les deux forces pour mieux les distinguer ensuite. Ce faisant, toutefois, il prête une mesure disproportionnée à l'effet de droit. Il confond les éléments plutôt qu'il ne les distingue. La force exécutoire de l'acte, en particulier, est mise au service de sa force obligatoire. Bien que l'auteur s'en défende lorsqu'il s'attache à souligner l'indépendance "dans une certaine mesure" entre la forme et le fond, entre la vertu exécutoire et l'effet de droit. Selon l'auteur, en effet, "il peut y avoir dans certains actes d'administration force exécutoire sans qu'il y ait décision en vue de produire un effet de droit" (p. 278; 1907, p. 415). "Parce qu'elles sont quand même susceptibles d'une certaine exécution administrative de pure procédure", ajoute-t-il en 1921 (p. 396, note 4; 1927, p. 358, note 2).

Et l'auteur de citer, en note 2 (note 4 en 1921), l'exemple de l'annulation possible de toutes les délibérations des conseils généraux et des conseils municipaux prises hors des sessions légales sans que l'on se préoccupe de leur contenu, lorsque ces délibérations contiennent simplement des vœux politiques, des proclamations ou des adresses. Ceux-ci sont annulés bien qu'ils ne soient susceptibles de produire aucun effet juridique. Pour l'auteur, "c'est sans doute qu'elles ont quand même une force exécutoire, car si elles ne produisaient absolument aucun effet à quoi bon les annuler ? Et, de fait, elles tendent par elles-mêmes à obliger le préfet ou le maire à transmettre le vœu, à faire afficher la proclamation ou l'adresse, par conséquent à une exécution". Une telle opinion est d'autant plus surprenante que l'auteur reconnaît lui-même que la décision *oblige* le maire. La décision a donc bel et bien un effet de droit, même s'il est extrêmement limité, en particulier quant à ses destinataires. Il concerne uniquement le maire et son administration, apparemment pas les tiers. En revanche, il est correct d'affirmer (uniquement en 1901) que "la décision produisant un effet de droit n'est pas complète si elle n'a pas en même temps force exécutoire" (p. 278), ce qui ne semble d'ailleurs envisageable que dans le cas d'une décision dépourvue de tout effet de droit.

²⁰² 1907, pp. 415 et 416; 1921, pp. 396 et 397; 1927, pp. 356 et s.

²⁰³ M. HAURIOU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 278; 6^e éd., 1907, pp. 415 et 416; 10^e éd., 1921, p. 397, suite de la note 4; 11^e éd., 1927, p. 358, note 2.

²⁰⁴ M. HAURIOU écrit lui-même qu'il n'est pas très facile de définir cet effet de droit (p. 280). Un acte produisant un effet de droit est celui qui, par lui-même, tend à modifier une situation juridique antérieure. Il faut bien se garder de confondre le pouvoir de décision avec la force exécutoire (p. 281).

161. Une confusion incarnée dans le privilège du préalable. D'autres passages mériteraient d'être soulignés²⁰⁵ parce qu'ils démontrent la difficulté de bien distinguer les forces obligatoire et exécutoire de l'acte dans la notion contentieuse de décision exécutoire. Mais il n'est évidemment pas possible d'effectuer une analyse textuelle complète et détaillée, déjà suffisamment longue. L'important est plutôt de montrer que le privilège du préalable est devenu, chez M. HAURIOU, à la fois le vecteur et le réceptacle de ces approximations.

En introduisant le privilège dans une approche contentieuse consacrée à la notion de décision exécutoire, M. HAURIOU s'est en effet exposé au risque de voir le terme "préalable" prendre de l'extension pour se rapporter à tout ce qui précède la phase contentieuse administrative²⁰⁶ ou, de manière plus réaliste, l'intervention du juge, en règle administratif. En revanche, tant que le préalable était lié à l'exécution forcée, il visait par nature la dispense d'obtenir un titre exécutoire. La confusion procède donc du plan suivi par l'auteur. Au départ, elle se réalise surtout dans l'approche matérielle et contentieuse de l'acte. Le résultat en est que le privilège du préalable est peu à peu devenu l'élément fédérateur des forces obligatoire et exécutoire, alors précisément que l'on eût pu s'attendre, dans un souci de rigueur, que seule le reste la décision exécutoire.

162. En 1901. À cet égard, l'édition de 1901 est particulièrement éloquent. Ce n'est que dans la théorie matérielle de l'acte que l'auteur affirme sans ambages que l' "On doit considérer cette conséquence du pouvoir de décision (tendre par lui-même à créer le droit) comme un effet de la puissance publique et la rattacher au privilège du préalable " (p. 282, *ad id*). De la sorte, "la puissance publique (...) a le privilège de déterminer elle-même ses propres droits et de les amener à exécution par des actes juridiques". Contrairement à ce que l'auteur affirme en renvoyant à la théorie formelle de l'acte (p. 247), telle n'était pas, de manière explicite, la définition donnée au privilège du préalable, largement dominée par l'exécution forcée. Désormais, forces obligatoire et exécutoire sont néanmoins rassemblées dans le privilège du préalable, à cet endroit du moins sans plus aucune ambiguïté. La note 1, p. 285, le confirme

²⁰⁵ Telles la note 1, p. 279, ou encore la note 1, p. 280, les deux notes étant d'ailleurs d'une certaine manière contradictoires. Voir dans d'autres publications, tel l'article déjà cité que M. HAURIOU écrit en 1903 avec G. de BEZIN dans la *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, dans lequel les auteurs s'attachent précisément à souligner la déclaration de volonté manifestée par l'acte administratif. On peut y lire que l'acte est une décision, or une décision c'est une déclaration de volonté; "quand nous disons qu'une autorité administrative accomplit un acte, nous entendons par là qu'elle affirme et que par conséquent elle déclare une volonté de l'administration qui s'exécutera. Acte administratif signifie décision exécutoire, et décision exécutoire signifie déclaration de volonté" (p. 549) alors même que ce serait un pur acte de commandement ou d'autorité (p. 550). La confusion est frappante p. 552 : l'acte d'administration est une déclaration de volonté "en ce sens qu'il a été pris dans une forme exécutoire; (...) une décision exécutoire, en effet, est celle que rien ne sépare plus de son exécution". P. 565 aussi : "l'acte de son essence est une décision exécutoire, c'est-à-dire une décision que rien ne sépare plus de son exécution". Avec toutefois un sursaut pp. 552 et 553 : "Il faut remarquer cependant qu'il y a, dans la vertu exécutoire de l'acte d'administration, un élément que nous ne trouvons pas dans la déclaration de volonté du droit civil allemand; cette volonté émise tend à l'exécution d'elle-même et par elle-même, c'est-à-dire par sa propre vertu et sans l'intermédiaire d'aucun pouvoir, par exemple sans l'intermédiaire d'un juge. Cela tient à ce que le droit administratif français est fondé sur les prérogatives de la puissance publique et que la première de ces prérogatives est celle de pouvoir exécuter elle-même et d'une façon préalable ses propres décisions".

²⁰⁶ Dont le propre en droit français est d'être autonome par rapport au contentieux judiciaire.

sans ambages. Il y est à nouveau affirmé que "la puissance publique définit son propre droit, ce qui n'est pas à la portée des simples particuliers et ce qui fait partie du privilège du préalable".

Ce que M. HAURIUO n'avait sans doute pas prévu, c'est que le privilège est de la sorte appelé à se confondre avec la décision exécutoire.

En effet, la direction prise est maintenue dans les éditions ultérieures, surtout dans les ajouts apportés par l'auteur. La théorie de M. HAURIUO en devient ambiguë, voire hésitante. La confusion se propage jusqu'à la théorie formelle de l'acte²⁰⁷.

163. En 1907. En 1907, en particulier, il semble s'opérer une distinction entre la prérogative du préalable et le privilège de l'exécution préalable. On a l'impression que la première prend du volume, tandis que le second reste cantonné à l'exécution forcée. En toute logique, l'exécution préalable constitue d'ailleurs un privilège parmi les quatre qui composent la prérogative.

À y regarder de plus près, toutefois, la rigueur espérée fait parfois défaut. La prérogative du préalable avancée en pp. 401 et 402 est expliquée par le recours à l'exécution préalable comparé avec le droit commun (p. 402). Et lorsqu'il s'agit d'énumérer les quatre privilèges, la prérogative générique devient subitement celle de l'exécution préalable, alors même que l'un des privilèges énoncés est précisément celui de l'exécution préalable, étudié comme tel en profondeur deux pages plus loin.

Néanmoins, pour la première fois, la différence par rapport au droit commun est le véritable point de départ d'une théorie annoncée comme étant consacrée aux procédures privilégiées "dont la base est la décision exécutoire, munie de la prérogative du préalable". Il ne s'agit plus d'une note de bas de page, comme mentionnée ci-dessus (1901, p. 285, note 1). Il y va d'une page entière consacrée à la différence de régime (p. 402). M. HAURIUO y met véritablement en exergue le noyau dur du privilège du préalable que l'on retiendra plus loin. À la différence près que l'auteur remonte trop loin dans l'enchaînement des causes, dans le droit fil des développements qui précèdent. Il place la barre du privilège trop haut.

Pour M. HAURIUO, en effet, ce qui constitue un privilège exorbitant est "la faculté de réaliser soi-même ses droits par des actes extrajudiciaires", et ce "jusqu'au bout". La formule est trop vague et surtout trop large. Elle englobe, en plus de l'exécution forcée toujours bien présente et sous-entendue, tant l'adoption de la décision exécutoire que son exécution normative²⁰⁸, voire même son exécution volontaire. La théorie ne résiste pourtant pas à l'analyse, surtout à la comparaison avec le droit commun, y compris dans la formulation directe que M. HAURIUO en donne lui-même.

²⁰⁷ Dans la 6^e éd., M. HAURIUO continue à distinguer, dans deux chapitres séparés, l'administration, ses prérogatives et ses différents modes, d'une part, et la voie d'autorité, les décisions exécutoires, les situations disciplinaires et les recours en annulation, d'autre part, mais sans maintenir les expressions génériques correspondantes, à savoir les théories formelle et matérielle de l'acte. Voy. les deux premiers chapitres de la troisième partie.

²⁰⁸ À savoir l'adoption, en aval, des actes juridiques nécessaires pour emporter l'exécution volontaire ou, au contraire, permettre l'exécution forcée.

Au lieu de limiter la prérogative à la réalisation des décisions administratives, l'auteur vise en effet la "réalisation des droits administratifs" (idr)²⁰⁹. Il situe donc son raisonnement en amont de la décision exécutoire - ce qui conforte l'idée que le privilège du préalable a pris de l'extension par rapport à celui de l'exécution préalable -. Pour utiliser ses termes, il traite de l'exercice de pouvoirs et de droits opéré par des procédures privilégiées dont la base est la décision exécutoire munie de la prérogative du préalable. Est donc également visé l'exercice de la compétence, c'est-à-dire l'adoption de l'acte juridique. La considération est importante car l'auteur situe d'emblée son raisonnement sur le terrain judiciaire. Le critère de différenciation par rapport au droit commun est surtout le contrôle préalable du juge : "Dans le droit commun de l'époque actuelle, on peut dire qu'en principe les droits ne s'exercent qu'après un contrôle préalable du juge" (p. 402). M. HAURIUO laisse ainsi supposer que les particuliers ont besoin de l'intervention du juge pour toute réalisation de leurs droits, en ce compris l'adoption de la décision de le réaliser et la prise des dispositions nécessaires pour ce faire. L'élément caractéristique, mais vicié sur le plan logique, sera maintenu jusque dans plusieurs précis actuels.

Pourtant, tel n'est absolument pas l'état du droit commun. Ce qui vaudra d'ailleurs à M. HAURIUO une critique acerbe sur ce point au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, critique sur laquelle on aura l'occasion de revenir. Le particulier²¹⁰ est en effet susceptible, tout comme la puissance publique, de produire ou revendiquer un effet de droit avant même et indépendamment de l'intervention du juge. Celui-ci se limite à en constater ou vérifier le bien-fondé avant d'autoriser le recours aux voies d'exécution. L'exécution volontaire de la prétention du particulier est d'ailleurs susceptible d'intervenir dès l'existence du droit, que ce soit en matière contractuelle ou quasi-délictuelle²¹¹. Le particulier n'a donc besoin de l'intervention du juge que pour lui autoriser la mise en œuvre des voies d'exécution forcée. La perspective est même inversée, puisqu'en réalité seule la résistance de l'obligé justifie l'intentement d'une action en justice qui, à défaut de démarches amiables, peut être considérée comme constitutive d'un abus de droit. Le recours au juge vise donc uniquement l'exécution forcée²¹² d'une obligation en principe contestée de bonne foi. Le particulier est appelé, comme l'administration, à décider de se prévaloir de son droit et à en informer la partie concernée préalablement à toute action en justice.

164. En 1907 (suite). À vrai dire, les propos de l'auteur ne sont pas toujours très clairs car, la plupart du temps, l'approfondissement du droit commun prend en compte le rôle limité de

²⁰⁹ "Tantôt la réalisation des droits administratifs s'obtient par des décisions isolées qui portent le nom de *décisions exécutoires* ou *actes d'administration*. Tantôt elle s'obtient par une série de décisions accompagnées de formalités et se succédant en une procédure qui se déroule, elle mérite alors le nom d'*opération administrative*" (pp. 402 et 403).

²¹⁰ Ou l'administration lorsqu'elle agit selon le mode de gestion privée, pour s'inscrire dans le raisonnement de M. HAURIUO. *Brevitatis causa*, la mention du seul particulier permet d'économiser les mots et de simplifier le style déjà compliqué d'une analyse textuelle.

²¹¹ Lorsque la victime d'un dommage décide d'en demander réparation, sa première démarche est en effet d'en informer l'auteur et, en cas de refus, de le mettre en demeure préalablement à l'éventuelle citation, ce qui a notamment pour effet de faire courir les intérêts.

²¹² En espérant jusqu'au bout que la menace de l'exécution forcée emportera l'exécution volontaire.

l'intervention du juge. C'est surtout au moment de conclure à propos du régime administratif que le privilège est comme artificiellement gonflé.

À propos du droit commun, le titulaire d'un droit quelconque est présenté comme se heurtant à la nécessité d'une demande en justice s'il veut réaliser ce droit. Mais il est bien précisé qu'il s'agit de la réalisation "à l'encontre d'un adversaire" (p. 402), ce qui suppose une contestation. *Idem* en ce qui concerne les exemples choisis. L'auteur insiste sur ce que le propriétaire (n')est obligé de saisir le juge de paix pour réaliser le bornage de son champ (que) si le propriétaire du champ voisin ne veut pas se prêter à l'amiable à l'opération. Il précise aussi que c'est avant de procéder à une voie d'exécution que le créancier doit obtenir un jugement du tribunal civil s'il veut se faire rembourser la somme prêtée par son débiteur, à défaut du moins d'un titre exécutoire par-devant notaire.

Sans doute le troisième exemple est-il plus insidieux. Le contractant désireux d'obtenir la résiliation d'un contrat violé par la partie adverse est certes obligé de s'adresser au juge pour le prononcé de cette résiliation. Mais il est à nouveau précisé qu'il s'agit d'une "partie adverse" et que la violation procède de l'inexécution de ses obligations. Quant à la demande supposée, elle ne vise pas l'exécution forcée desdites obligations mais bien une autre voie qui, en matière contractuelle, suppose l'intervention du juge à défaut d'accord entre les parties au contrat²¹³. Seule ombre au tableau : M. HAURIOU fait preuve de peu de rigueur lorsqu'il évoque "l'intervention du juge, préalable à toute exécution des droits" (idr).

Le portrait est différent lorsqu'en regard du droit commun, l'auteur approfondit la prérogative ou "la faculté reconnue aux administrations publiques". Il est affirmé que celles-ci "réalisent leurs droits jusqu'au bout en prenant de façon extrajudiciaire des décisions exécutoires, qui ont la vertu de s'exécuter d'elles-mêmes sans avoir besoin d'être homologuées par un juge. Leur force exécutoire est préalable à l'examen du juge. Si un juge est saisi, ce sera par une sorte de voie d'opposition ouverte après que la décision sera devenue exécutoire et peut-être après qu'elle aura été exécutée, ces voies d'opposition constitueront, d'ailleurs, des recours contentieux spéciaux et devront être portées devant un juge administratif".

À ce stade, seuls les termes "jusqu'au bout" permettent de préciser l'exécution dont il s'agit. Mais l'exécution volontaire n'est pas exclue, même si elle est plutôt présentée comme procédant de la faculté d'exécution forcée. L'ambiguïté surgit toutefois avec force au terme des phrases qui suivent, à propos d'un nouvel élément de définition que l'on retrouvera ultérieurement dans les définitions successives des privilèges. "En tout cas, par cette exécution préalable, les rôles dans l'instance en justice se trouveront intervertis. L'administration publique qui poursuit la réalisation de son droit ne sera jamais demanderesse, c'est la partie adverse, l'administré, qui sera obligé d'assumer le rôle de demandeur pour faire tomber une décision qui, sans cela, devenue définitive par l'expiration des délais de recours, modifiera à toujours sa situation juridique" (idr). La force obligatoire de la décision est de la sorte clairement rejointe. Sans oublier de rappeler la conclusion selon laquelle la "réalisation des droits administratifs s'obtient

²¹³ Si on pousse plus loin le raisonnement, le régime n'est pas tellement différent en matière administrative, lorsque l'acte est unilatéral. En effet, un acte ne peut être défait de manière symétrique à sa confection. En droit privé, toutefois, l'accord du créancier est nécessaire pour se soustraire à l'engagement valablement pris de manière unilatérale.

par des décisions exécutoires" (idr) et que la prérogative du préalable est, par la suite, décomposée en quatre privilèges, parmi lesquels figure celui de l'initiative des actes²¹⁴.

L'inclusion de la décision exécutoire dans le phénomène de la réalisation du droit n'est évidemment pas opportune. Elle favorise la confusion des forces obligatoire et exécutoire. Dans la formulation des prérogatives, elle permet d'insuffler la manière privilégiée de prendre la décision, l'action unilatérale, sous le bénéfice d'un préalable en réelle expansion. On a déjà vu que M. HAURIOU n'a pas hésité à franchir ce pas en 1901, dans la théorie matérielle de l'acte. Il l'est à nouveau plus ou moins au même endroit en 1907²¹⁵. Une telle définition procède pourtant d'une comparaison tronquée avec le droit commun.

165. En 1921 et 1927. Comme en 1907, M. HAURIOU continue à étudier la question, en 1921²¹⁶ et en 1927²¹⁷, dans deux chapitres consacrés respectivement à la prérogative et à la procédure, correspondant à deux théories, l'une formelle, l'autre matérielle, de l'acte d'administration. On peut dire, à l'égard des dixième et onzième éditions du précis de M. HAURIOU, que le glissement de la force exécutoire vers la force obligatoire continue à s'opérer, surtout dans le deuxième chapitre. Le qualificatif "d'office" apparaît au surplus en 1921. Il est utilisé dans différentes acceptions.

La comparaison au droit commun est maintenue en 1921 dans le premier chapitre mais, dans une note de bas de page qui s'étale sur trois pages, consacrée à des "Observations sur l'action d'office" (pp. 355 à 357). La note est cette fois insérée au sein de l'étude du privilège de l'exécution provisoire. De telle manière à conclure, au terme d'un examen sommaire, à la disparition, dans l'aventure, du privilège du préalable²¹⁸, conçu de manière plus large que celui de l'exécution provisoire. Mais à conclure aussi, et de manière corrélatrice, à l'introduction attendue, au cœur du privilège de l'exécution provisoire, d'une plus grande confusion entre les forces obligatoire et exécutoire.

²¹⁴ Voy. aussi p. 463 où la voie d'autorité consiste même à "se borner" à prendre des décisions exécutoires.

²¹⁵ M. HAURIOU, *op. cit.*, 6^e éd., 1907, pp. 413 et s. Encore que seul figure dans cette édition le résumé du privilège comme comportant "le pouvoir d'aller d'une façon unilatérale et par ses seuls actes juridiques jusqu'à l'extrême limite de l'exercice de ses droits" (p. 414, idr). A disparu, en revanche, le rattachement explicitement prôné de l'effet de droit au privilège du préalable (comp. pp. 419 et 420). À noter, dans cette édition, le complément particulièrement significatif de la confusion, souligné par l'usage des italiques, apporté à la réflexion suivante par rapport à la 4^e éd. : "le pouvoir de décision tend par lui-même à créer le droit en le réalisant" (p. 419, anciennement p. 282).

²¹⁶ Livre III (l'exercice des droits des administrations publiques par la puissance publique), chapitre premier : la gestion d'office de l'administration, les prérogatives qu'elle implique et les responsabilités qu'elle entraîne ; chapitre II : la procédure de la gestion d'office et les conséquences contentieuses qu'elle entraîne.

²¹⁷ Le livre II conserve l'intitulé du livre III de l'édition précédente, mais les deux aspects sont étudiés sous deux sections du chapitre II consacré à la procédure exécutive employée par la puissance publique dans l'exercice des droits des administrations publiques. Section I : caractères généraux de la procédure exécutive de la puissance publique : la décision exécutoire et l'exécution préalable, section II : la procédure par décision exécutoire et les recours contentieux.

²¹⁸ En dépit du fait que la table alphabétique des matières continue de mentionner le privilège du préalable, comme d'ailleurs en 1927.

Par rapport à la précédente édition, l'auteur ajoute seulement le principe de droit commun qu'il continue de cerner à partir des mêmes exemples : "nul ne peut se faire justice à soi-même", l'une des bases de l'état de droit²¹⁹. Pour le reste, M. HAURIUO continue à établir que l'intervention préalable du juge est de formation récente et n'a pas toujours lieu, même en droit privé.

En ce qui concerne le régime administratif, en revanche, les propos prennent une tournure quelque peu différente. Dans la même note, l'auteur décrète que "Quand il s'agit de l'administration publique, la situation est renversée. En principe, une administration publique faisant une opération administrative pour la gestion de ses services publics exerce des droits elle-même d'une façon extrajuridictionnelle, c'est-à-dire se fait justice à elle-même jusqu'au bout". La justification avancée est surtout nouvelle : "Cette particularité se justifie par les exigences du service public continu : il ne faut pas que les services publics risquent d'être interrompus par les délais et les lenteurs qu'entraîneraient des instances en justice préalables (...)" (idr).

L'ambiguïté persiste donc, mais diminue tout de même par rapport à la formulation précédente, surtout avec la disparition des considérations les plus tendancieuses relevées dans la sixième édition²²⁰.

À part cela, l'ossature des développements relatifs au privilège de l'exécution préalable, apparemment devenu la puissance exécutive ou l'action d'office, demeure à peu près inchangée. Pp. 354 et 355, l'auteur se départit seulement du privilège de l'exécution provisoire en affichant une volonté déterminée de le réduire à "ses véritables limites"²²¹. Le motif invoqué est qu'il est "assurément redoutable". Sont exposés, dans ce cadre, des principes déjà énoncés à propos de

²¹⁹ À noter cependant qu'en p. 20, à propos du pouvoir d'action d'office dont il donne seulement l'idée générale, M. HAURIUO confirme, mais tempère en même temps, les propos qu'il tenait en 1907 relativement à l'intervention nécessaire du juge pour la prise d'une décision. Il écrit ceci : prendre des décisions et passer soi-même à leur exécution par ses propres agents d'exécution, "cela ne soulève aucune difficulté lorsque ni les décisions ni surtout leur exécution ne risquent de causer du tort à des tiers; telles sont par exemple les décisions qu'un propriétaire prend et exécute dans la culture de son propre domaine. Mais, dès qu'il s'agit de décisions et de mesures d'exécution qui risquent de causer du tort à un tiers, le droit privé de notre époque pose en principe qu'il y a là une question susceptible de devenir contentieuse et que, nul n'ayant le droit de se faire justice à soi-même, avant toute mesure d'exécution, le poursuivant doit obtenir, ou bien le consentement de son adversaire, ou bien une sentence du juge. Par conséquent, en droit privé, l'intervention du juge est préalable à toute mesure d'exécution qui risque de causer du tort à un tiers" (p. 20). L'extrait disparaît dans la version de 1927 (p. 10).

²²⁰ Encore que p. 20, une sorte de premier aperçu du pouvoir d'action d'office indique clairement que le pouvoir comprend l'initiative de la décision en plus de son exécution par ses propres agents d'exécution. Voy. aussi p. 22. L'impression est donnée de dépasser l'exécution préalable. P. 3, déjà, l'action administrative est comparée à celle du ministère public auprès des tribunaux ...

²²¹ Cette volonté transparait déjà dans l'édition de 1907 où la loi est de plus en plus présentée comme canalisant le privilège (pp. XII et XIII, 307, 371 et 372), et où une première tentative est réalisée de réduire le privilège à "ses véritables limites" (pp. 381 et 382), mais très étrangement pas à l'endroit où il est principalement défini. Plusieurs limites développées en 1921 figurent déjà dans la liste auxquelles sont "ajoutées" deux limites supplémentaires. Une plutôt étrange : seules seraient visées les décisions exécutoires opposables, car les décisions obligatoires, du moins les règlements de police, ne pourraient être ramenées à exécution qu'en faisant intervenir le juge de simple police qui est le juge de droit commun (art. 471, n° 15 du Code pénal). Se profile de la sorte la distinction des obligations selon qu'elles sont assorties ou non de sanctions pénales. Une autre importante dans le développement du privilège : les décisions exécutoires ne déterminent que le strict nécessaire pour réaliser la volonté administrative (situations provisoires qui laissent intact le fond du droit; par exemple une dépossession provisoire).

l'exécution²²² : le recours non suspensif et l'exécution provisoire à ses risques et périls pour l'administration. Est également mentionné, à cet endroit, le renversement du rôle de demandeur considéré comme "la vraie dérogation au droit commun"²²³ : "l'intéressé est mis dans la nécessité d'attaquer, de prendre le rôle de demandeur, et cela dans un délai très bref", mais avec une charge de la preuve moins lourde qu'au civil compte tenu de l'instruction. L'élément est ainsi tiré de l'ancienne comparaison avec le droit commun à laquelle il est nouvellement procédé en note à cet endroit précis, au titre d'observations sur l'action d'office.

Ensuite apparaît une nouvelle rubrique (pp. 356 à 360) qui, si l'on omet d'en bien saisir le titre ("Relations de la puissance exécutive de l'administration avec le juge. Le principe de la séparation des pouvoirs"), laisse supposer que l'auteur continue d'indiquer les limites du privilège de l'exécution provisoire²²⁴, dont les deux premières sont d'ailleurs répétées. L'élément est important car des atténuations sont apportées à l'obligation de recourir à la procédure d'office. On pourrait donc penser que l'exécution provisoire et la procédure d'office forment un seul et même privilège.

166. En 1921 et 1927 (suite). L'ambiguïté présente dans le premier chapitre, même si elle est modérée, reçoit une confirmation au deuxième chapitre²²⁵ qui contient, quant à lui, les

²²² À noter toujours la même présentation selon laquelle "bien que ces recours ne soient pas suspensifs de l'exécution, l'administration s'astreint, en général, à ne pas exécuter avant que les délais de recours ne soient écoulés, ou avant que le recours ne soit jugé s'il en a été formé un; par conséquent, l'exécution ne se poursuit pas sans que la partie intéressée n'ait eu la possibilité de faire intervenir un juge". Cependant, l'auteur précise cette fois que "Si l'administration procède à l'exécution sans attendre la fin du délai ou la conclusion du litige, elle en a le droit strict" (p. 355).

²²³ La "seule" dérogation en 1907, p. 381.

²²⁴ À noter que l'auteur n'a pas d'autre choix que de mentionner ces limites. Plusieurs arrêts du Conseil d'État attestent en effet de ce que "le principe commence à recevoir des atténuations". Le recours exceptionnel au juge devient obligatoire dans certaines "occasions". La règle se transforme en un conseil de prudence : la procédure est aux risques et périls de l'administration. Mais le juge n'a ni le pouvoir d'empêcher ou d'arrêter l'exécution, ni un quelconque pouvoir d'injonction à son égard. En signe de résistance, l'auteur n'a pas pu résister à préciser que le recours au juge reste très exceptionnel, la thèse de L. CAVARÉ à l'appui : *Le recours de l'administration devant le juge*, Toulouse, 1920 (en réalité "Les recours ..."). En ajoutant, au surplus, "comme il fallait s'y attendre sous un régime administratif où le principe est que l'administration est exécutive" (suite de la note 1, p. 359). Dans l'édition de 1927, les mêmes développements figurent hors contexte, pp. 347 à 349.

²²⁵ On se demande d'ailleurs comment il pourrait en être différemment dès lors que l'auteur s'évertue à étudier le même phénomène sous deux axes différents. De la gestion d'office (chapitre I) à la procédure de la gestion d'office (chapitre II), il y a en effet peu de différence. La procédure par décision exécutoire est d'ailleurs la procédure essentielle à laquelle la gestion d'office de l'administration est astreinte : "préalablement à toute mesure d'exécution par un agent d'exécution, il doit être pris, par une autorité administrative, une *décision exécutoire* par laquelle la puissance publique affirme à la fois son intention et son droit de passer à l'exécution" (p. 393). Le plus étonnant est de voir l'auteur focaliser à ce point l'attention sur l'élément décisionnel (il s'agit d'un "mode de création du droit", p. 393; d'un "mode de création de situations juridiques", 1927, p. 355), comme pour évacuer le mode d'exécution comme tel et le reléguer à un stade ultérieur, alors que ce dernier est de toute évidence intimement lié au caractère exécutoire de la décision. Toujours avec la même préoccupation. "La séparation de la décision exécutoire et des mesures d'exécution répond à une nécessité de l'action juridique vis-à-vis des tiers. Par une décision exécutoire, l'administration affirme publiquement le droit tel qu'elle entend l'exécuter. Or, cette affirmation du droit est un élément essentiel de la procédure d'office vis-à-vis des tiers. En effet, si cette procédure est extrajuridictionnelle, ce n'est pas une raison pour qu'elle soit dépourvue de garanties juridiques. Le poursuivant exécute lui-même ce qu'il prétend être le droit sans le faire vérifier et légitimer par un juge, ni par un officier ministériel; au moins faut-il qu'avant de passer à l'exécution il affirme lui-même la légitimité de ce droit,

signes d'une recherche qui continue, et donc d'une évolution appelée à être poursuivie vers la force obligatoire.

M. HAURIOU y formule en effet une définition de la décision exécutoire qu'il présente lui-même explicitement comme établissant le lien entre la décision exécutoire administrative et la procédure d'action d'office. "C'est un lien que je n'avais pas fait apparaître aussi nettement dans mes précédentes éditions, ni dans l'article publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1903 en collaboration avec M. de Bezin : mais cette corrélation me paraît de plus en plus évidente. Peut-être même sera-t-on amené à en tenir compte dans les théories civilistes sur la déclaration de volonté, quand on sera convaincu que l'autonomie de la volonté ne va pas sans un certain pouvoir d'action d'office" (p. 395, note 1). La définition est la suivante : "*toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, émise par une autorité administrative (comprise dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office*".

Une remarque s'impose à ce propos. Le lien décrypté au début de l'analyse est ici confirmé. Le privilège évolue aux côtés de la décision exécutoire²²⁶, sans pouvoir déterminer avec certitude si l'intention de l'auteur est d'intégrer l'élément décisionnel dans un pouvoir d'action d'office plus général ou dans le privilège de l'exécution provisoire auquel l'action d'office serait limitée. L'apparition pour la première fois de l'exécution d'office, quant à elle, n'est pas de nature à faciliter le débat ni sur ce point, ni concernant l'exécution.

Par la suite, la dernière réflexion est maintenue en 1927 (p. 356, note 1) dans une deuxième partie (un chapitre devenu section) restée identique à quelques détails près. En revanche, la comparaison avec le droit commun disparaît à peu de choses près dans la première partie. La cause en est l'évolution du privilège en ce qui concerne l'exécution forcée et son rapport difficile avec le droit commun. Seules quelques considérations persistent²²⁷, pour l'essentiel celle intégrée dans l'étude de l'exécution provisoire dans la dixième édition. La "vraie dérogation au droit commun" reste en effet que l'intéressé est mis dans la nécessité de prendre le rôle de demandeur en justice. Mais la note comparative ne figure plus dans la onzième édition. Du moins sa partie relative à la comparaison avec le droit commun. Est en revanche largement maintenue celle visant à établir la survivance de l'action directe dans certaines matières, y compris dans les relations de la vie civile. Avec, toutefois, une nuance significative en "introduction".

En 1921, M. HAURIOU écrit qu'il paraît révolutionnaire dans les civilisations avancées "de se faire justice soi-même" alors qu'on le fait encore dans de nombreux cas (p. 356, suite de la note

d'une façon publique, et qu'il soit ainsi à lui-même son propre officier ministériel" (p. 394; 1927, p. 355). On le lit, la procédure rejoint la prérogative. La décision exécutoire précède (mais fait également partie, c'est inévitable) de l'action d'office.

²²⁶ À noter tout particulièrement le terme *procédure* contenu dans le mot composé "procédure exécutoire" et qui témoigne explicitement de la contagion de la prérogative par la procédure, alors que le plan de l'auteur visait précisément à distinguer clairement les deux approches dans deux parties différentes.

²²⁷ Voir même des allusions, comme p. 10 où l'auteur écrit que la prérogative de l'action d'office permet aux administrations publiques "d'exercer leurs droits par une procédure extrajudiciaire rapide et avantageuse". Encore que les droits exorbitants du droit commun sont énoncés juste avant et visent expressément les injonctions et les réquisitions tels que droits de police, droits d'impôt, d'expropriation, etc.

1, idr). En 1927, la réflexion devient qu' "Il ne faut cependant pas s'exagérer le caractère exceptionnel du droit administratif à ce point de vue des voies d'exécution extrajudiciaires. Il y a encore des cas nombreux où on se rend justice soi-même (...)" (p. 353, note 1). On peut voir dans l'évolution un témoin de l'importance grandissante de l'élément décisionnel et de sa confusion avec l'exécution volontaire, à considérer les exemples cités dans le corps du texte, déjà analysés plus haut²²⁸.

167. Conclusion. En somme, on peut considérer que la confusion latente entre les forces obligatoire et exécutoire a imprégné la formulation du privilège chez M. HAURIOU. La conséquence directe sur la théorie en est une sorte d'imprécision générale. À lire les passages considérés dans le précis de l'auteur, il n'est pas vraiment possible de dégager une ligne de conduite pour l'administration. La transposition des principes aux cas d'espèce est un exercice périlleux. La même impression se dégage aujourd'hui encore des précis de droit administratif, à se limiter aux privilèges.

Pourtant, l'impression est donnée d'une plus grande maîtrise des catégories au fil des éditions, en dépit des contradictions relevées, surtout destinées à maintenir les notions au centre du droit administratif. Dans la dernière édition, en particulier, la conciliation de deux notions au départ créées de manière indépendante, sous deux titres différents - la décision exécutoire et l'exécution préalable -, semble atteindre un certain équilibre. La formulation plus équilibrée peut dès lors servir de clé de lecture pour aborder les transformations antérieures qui prennent nécessairement, de ce fait, des accents différents.

Dans l'édition de 1927, en effet, M. HAURIOU énumère pour la première fois, en titre, les caractères généraux de la procédure exécutoire (l'ancien privilège du préalable) comme étant la décision exécutoire et l'exécution préalable (p. 350). Dans le texte, la marche générale de la procédure indique aussi clairement et pour la première fois la distinction de deux éléments au sein de ladite procédure : la *décision exécutoire* et les recours contentieux dont elle peut être l'objet ou l'occasion, d'une part, et, d'autre part, les *mesures d'exécution* qui peuvent en principe suivre immédiatement la décision exécutoire. L'étude de la décision exécutoire est alors expressément renvoyée au chapitre suivant pour ne traiter, dans le chapitre concerné, que les mesures d'exécution à travers le principe de l'exécution préalable.

La description conduit à faire deux remarques.

Premièrement, l'intention est clairement affichée, en 1927, de distinguer l'élément décisionnel de l'exécution d'office²²⁹.

²²⁸ Voy. *supra*, a, dès le n° 147.

²²⁹ Mais il faut de suite rappeler qu'en réalité la distinction est artificielle. Car l'exécution d'office dont il s'agit est surtout caractérisée par la force obligatoire et l'exécution volontaire. De simples décisions, emportant tout au plus une exécution volontaire ou une situation de fait favorable, sont considérées comme des mesures d'exécution administrative. Par ailleurs, le caractère exécutoire de la décision ne peut pas être détaché de l'exécution, car la seule chose qui les sépare est un élément de temps.

Deuxièmement, la procédure exécutive est affirmée comme étant plus large que l'exécution préalable. Elle comporte en effet la décision exécutoire. Le texte ne saurait pas être plus clair sur ce point. Ce qui atteste que la procédure exécutive est en réalité le nom donné, non au privilège plus précis de l'exécution préalable, comme on a pu le croire, mais bien au privilège du préalable tel qu'il avait émergé en 1907.

En remontant le temps, l'édition de 1921 peut être mieux étudiée à partir de cette découverte. Il s'avère en effet que la même intention était déjà présente à l'époque, mais elle était moins clairement formulée. Ce qui explique qu'elle ait pu passer inaperçue au terme d'une première analyse et que la puissance exécutive ou l'action d'office ait pu être considérée comme le nouveau nom donné à l'exécution préalable plutôt qu'au privilège du préalable²³⁰.

En 1921, la puissance exécutive ou l'action d'office dans la gestion administrative traduit en effet "la prérogative de réaliser elle-même ses droits par ses propres moyens sans avoir recours à l'autorisation préalable du juge" (p. 353). Rien de bien neuf à ce stade. L'ambiguïté entre forces obligatoire et exécutoire est présente. Mais l'exécution forcée est sous-entendue. Aussi a-t-on pris le raccourci, au point précédent, d'y voir le privilège de l'exécution provisoire.

Pourtant, il est (déjà) ensuite expressément renvoyé au chapitre suivant pour l'étude de la procédure d'action d'office²³¹. Le renvoi est toutefois plus discret qu'en 1927. Joint au fait que l'auteur n'ait pas résisté à formuler en note, dans le premier chapitre, des observations consistantes sur l'action d'office (pp. 355 à 357), de la sorte directement mise en relation avec

230 Voy. *supra*, sp. n° 142. En témoignage également ce passage légèrement modifié en 1927 (mais de manière significative en ce qui concerne l'exécution) par rapport à la version de 1921, comme indiqué par l'usage des tirets : "Ce qui caractérise le pouvoir d'action d'office de l'administration dans le régime administratif, c'est que l'intervention du juge n'est point préalable à la décision ni à la mesure d'exécution, même lorsque ces mesures risquent de causer du tort à des tiers - ce dernier morceau de phrase est supprimé en 1927 et remplacé par celui-ci entre parenthèses : (sauf s'il s'agit de voies d'exécution réservées aux tribunaux judiciaires) -". C'est que les décisions d'autorités administratives, qui par elles-mêmes n'ont aucun caractère juridictionnel, s'exécutent d'office par les soins du personnel administratif, nonobstant toute opposition, et c'est que, même lorsque des recours contentieux ont été formés contre une décision devant les tribunaux administratifs, ces recours, en principe, ne sont pas suspensifs de l'exécution de la décision (atténuations). Ainsi, non seulement le juge ordinaire n'intervient pas dans les opérations administratives, mais le juge administratif lui-même n'intervient qu'après coup lorsque la décision est devenue exécutoire. Alors, sans doute, il peut rétablir le droit et réparer les torts par des compensations pécuniaires, mais il ne peut pas, en principe, détruire la situation que l'exécution administrative aura créée" (1921, p. 20; 1927, p. 10; idr). L'extrait confirme le parti pris par l'auteur d'une intervention du juge nécessaire pour prendre la décision (ce qui constituait le régime des administrateurs de l'ancien régime judiciaire au Moyen-Âge, comme l'indique l'auteur; voy. sur ce point la note historique sur la formation du régime administratif en France et sa substitution au système de l'administration judiciaire, 1921, pp. 5 à 8, note 1).

231 Si l'on remonte jusqu'en 1897, M. HAURIUO avance notamment comme distinction entre les activités du juge et celles de l'administrateur, que l'administration, à la différence du juge, "agit souvent d'office" (p. 282). L'auteur s'attache en réalité à démontrer l'opinion du ministre-juge (voy. *infra*, n° 197 et s.). Outre la prémonition du privilège de l'action d'office, il s'ensuit une considération précieuse parce qu'elle indique le souci de spécificité et de globalité chez l'auteur dans la conception d'un régime administratif propre : "L'acte d'administration de puissance publique reste donc un acte *sui generis* impliquant libre commandement et libre autorité dans la sphère du droit, à sa manière à lui, qui n'est ni celle de la loi ni celle des jugements. En outre, il est exposé à des recours contentieux, principalement au recours pour excès de pouvoir" (toujours p. 282).

le privilège de l'exécution provisoire, on a pu voir, dans la nouvelle expression, le nom donné au privilège de l'exécution provisoire²³².

Il faut rappeler à décharge que les idées de M. HAURIUO ne sont pas toujours claires, qu'elles décanent au fil des éditions. Ainsi, dans le texte en 1921, l'étude de l'obéissance provisoire suit directement le renvoi, sans aucun sous-titre, et elle est également qualifiée "privilège de l'exécution provisoire" à la page suivante. Il n'est pas précisé, comme en 1927, que le principe ou le privilège concerne les mesures d'exécution. Juste avant, l'auteur se limite seulement à signaler qu' "il nous suffit, pour le moment, de savoir qu'elle se décompose en des décisions exécutoires et en des mesures d'exécution dont l'ensemble constitue des opérations" (toujours p. 353). Or, en 1921 (comme en 1927 d'ailleurs, ce qui montre l'évident lien entre la décision exécutoire et l'exécution préalable), l'obéissance est due à la fois aux décisions et aux mesures d'exécution. Ce qui ne facilite évidemment pas la distinction.

168. Récapitulatif. La dernière clé de lecture permet de mieux comprendre et de récapituler l'évolution des concepts dans les éditions successives du précis de M. HAURIUO. L'apparition de deux privilèges apparaît moins chaotique, mais sans préjudice pour le reste de l'analyse qui demeure parfaitement valable.

En 1901, le privilège du préalable est presque réduit à l'exécution préalable, même si l'idée très ambiguë de l'obéissance est affichée. Le paragraphe consacré au seul privilège du préalable, dans la quatrième édition, énonce en effet clairement, pour commencer, que "La puissance publique a dans ses actes et opérations une sorte de privilège qui provient de sa nature même et de ce qu'elle doit être obéie; (...) on peut l'appeler le privilège du préalable" (p. 246). Le privilège de l'exécution préalable lui-même n'est toutefois pas dépourvu d'une certaine ambiguïté. Derrière l'exécution forcée qui semble toujours possible, l'exécution volontaire et la force obligatoire²³³ sont déjà bel et bien présentes.

En 1907, par contre, le privilège du préalable se détache du privilège de l'exécution préalable, malgré certaines imprécisions. Le privilège de l'exécution préalable se cantonne à l'exécution principalement forcée, tandis que le privilège du préalable connaît une extension telle qu'elle lui permet d'englober la décision exécutoire puisqu'il comprend, notamment, les privilèges de l'initiative de l'acte et de la compétence d'un juge administratif pour les litiges soulevés par les actes et les opérations. Malgré sa spécificité, le privilège de l'exécution préalable n'est cependant pas exempt de la même ambiguïté qu'en 1901.

En 1921, le privilège du préalable devient la gestion d'office qui comprend l'autodétermination ou l'initiative avec pouvoir discrétionnaire et la puissance exécutive ou l'action d'office. Mais, contrairement à ce que l'on a pu croire, la puissance exécutive ou l'action d'office dans la

232 Il faut encore ajouter dans ce sens le fait que l'auteur aborde les atténuations - déjà exposées plus haut - au principe de l'utilisation obligatoire de la procédure d'office, dans le premier chapitre en principe consacré à l'exécution provisoire, même si c'est sous une rubrique discrètement aménagée à part. L'assimilation est de la sorte encore favorisée.

233 Pour rappel, le droit d'aller jusqu'au bout des opérations se réalise par l'exécution forcée mais aussi par ses seules décisions (p. 247). Le principe est identique en 1907 (p. 405).

gestion administrative se rapporte plus au privilège du préalable qu'à celui de l'exécution préalable. Ce dernier conserve de la sorte son lien privilégié à l'exécution.

En effet, lorsque M. HAURIOU explique que l'autonomie de la puissance publique lui vaut la prérogative de réaliser elle-même ses droits par ses propres moyens et sans avoir recours à l'autorisation préalable du juge (p. 353), il déborde l'exécution provisoire dont l'étude ne commence qu'au paragraphe suivant. En témoignent encore les développements consacrés au pouvoir d'action d'office au début du précis. Le "pouvoir d'action d'office (...) veut dire que le pouvoir administratif est essentiellement exécutif, c'est-à-dire qu'il prend lui-même l'initiative des décisions et passe lui-même à l'exécution de ces décisions par ses propres agents d'exécution" (p. 20).

En 1927, la gestion d'office disparaît au profit de la procédure exécutive assimilée à la procédure par décision exécutoire (p. 350) et à la prérogative de l'action d'office (p. 10) que M. HAURIOU distingue cependant de la jouissance de droits de puissance publique exorbitants du droit commun impliquant des injonctions ou des réquisitions, tels que les droits de police, les droits d'impôt, d'expropriation pour cause d'utilité publique, etc. (p. 10). Le "nouveau" privilège vise en réalité l'exercice privilégié de ces droits. Le privilège de l'exécution préalable, quant à lui, reste campé au domaine de l'exécution, dont on a déjà souligné l'évolution.

3. Une évolution plus discrète

169. La force probante entre forces obligatoire et exécutoire. La confusion latente entre les forces obligatoire et exécutoire et la préoccupation constante de M. HAURIOU de combiner le privilège avec le souci de permettre la contestation préalable de préférence avant l'exécution²³⁴, ont permis à un élément de poindre entre les deux forces juridiques pour en effectuer la jonction. Il est directement lié à la force probante de l'acte. Il s'agit de la présomption de légalité réfragable ou *iuris tantum*.

²³⁴ D'autres écrits peuvent donner l'impression que M. HAURIOU considère l'obéissance et la contestation comme étant inconciliables, et qu'il aborde la question en termes trop absolus. Face au climat favorable au légalisme, entretenu notamment par L. DUGUIT, et bien que ce dernier respecte fondamentalement l'exécution provisoire, M. HAURIOU s'exprime par exemple de la sorte à propos d'une version intermédiaire du précis de L. DUGUIT, dans un article intitulé "Les idées de M. DUGUIT", *Recueil de législation de Toulouse*, 1911 : "Ici, on se demande si l'on a bien compris. Est-ce que véritablement, dans la pensée de l'auteur, tous les ordres du gouvernement pourront être discutés avant que d'être obéis ? Est-ce que la question de leur bien-fondé sera préalable ? (...) Vis-à-vis des administrés eux-mêmes, est-ce que les décisions administratives ne s'exécuteront qu'après justification de leur légalité ? (...) Jusqu'ici, tout fonctionnait dans l'État parce que l'obéissance aux ordres du pouvoir politique était préalable à la discussion de la légalité de ces ordres" (pp. 5 et 6). "Il s'agit de savoir de quel côté est le préalable, si c'est du côté de l'autorité qui commande ou si c'est du côté du sujet qui obéit ; si le sujet, avant d'obéir, peut soulever la question préalable de la légalité de l'ordre ou bien si, au contraire, il est obligé d'obéir avant de soulever la question de légalité. Faire passer le préalable du côté de la légalité, c'est détruire l'obéissance préalable aux ordres du gouvernement, c'est détruire la force juridique du gouvernement" (p. 11). Comme s'il n'était pas possible de modaliser les principes, comme si tous les ordres de l'autorité nécessitaient par nature une obéissance immédiate : "le pouvoir politique a droit à l'obéissance préalable jusqu'à ce que le conflit soit réglé et que c'est, en somme, dans ce bénéfice du préalable que consiste le principe d'autorité" (p. 14). On le perçoit néanmoins : le "préalable de la légalité" s'apparente à une présomption.

L'importance de la présomption ne doit pas être exagérée. Il s'agit d'une notion d'ordre factuel, secrétée par le contentieux. Elle ne participe pas d'un texte exprès la consacrant. Elle procède plutôt d'une tradition aussi ancienne que la séparation des fonctions judiciaires et administratives. Elle est la conséquence du droit positif et des moyens mis à la disposition du particulier pour contester en temps utile la légalité d'un acte administratif.

Tel est en particulier le sens de l'affirmation contenue dans les deux dernières éditions du précis de M. HAURIOU, selon laquelle "en ce qui concerne le droit de l'administration à créer cet effet juridique, la décision exécutoire n'entraîne qu'une *présomption de vérité suffisante* pour justifier la procédure exécutive; le droit de l'administration pourra *a posteriori* être discuté au contentieux" (1927, p. 356, suite de la note 2, idr)²³⁵.

L'élément trouvera un épanouissement particulier dans les développements doctrinaux ultérieurs. Sa formulation est encore ténue chez M. HAURIOU²³⁶. Il est lui aussi introduit par le biais de la décision exécutoire, à l'instar des éléments liés à la force obligatoire.

170. La force probante parmi les forces obligatoire et exécutoire. C'est après avoir exposé que le poursuivant exécute ("va exécuter" en 1927) lui-même ce qu'il prétend être le ("son" en 1927) droit sans le faire vérifier et légitimer par un juge, ni par un officier ministériel, que l'auteur en vient à l'élément formel, par ailleurs déjà annoncé à travers l'officier ministériel. Ainsi, "au moins faut-il qu'avant de passer à l'exécution il affirme lui-même la légitimité de ce droit, d'une façon publique, et qu'il soit ainsi à lui-même son propre officier ministériel" (resp. p. 394 et p. 355). De la sorte, "L'administration affirme (...) son droit publiquement, c'est-à-dire devant témoins" (resp. p. 394, note 1 et p. 356, suite de la note 2). Mais il ne s'agit que d'une présomption²³⁷, même si elle est suffisante pour justifier la procédure d'office. "Il faut surtout cette affirmation préalable afin qu'il puisse se produire des contradictions, car la suprême garantie des procédures, c'est la contradiction et la discussion. Si la contradiction se produit, alors un juge sera saisi *a posteriori* de la question de légitimité de la procédure exécutive commencée"²³⁸.

²³⁵ L'affirmation est légèrement différente en 1921 : "En somme, en ce qui concerne le droit de l'administration, la décision exécutoire n'entraîne qu'une *présomption de vérité suffisante* pour justifier la procédure d'action d'office" (p. 395, suite de la note 1, idr). L'auteur énonce également à propos du recours contentieux, qui n'est pas recevable contre les actes de gouvernement, qu'il est écarté dans ce cas "par une présomption absolue d'infailibilité" (M. HAURIOU, *op. cit.*, 3^e éd., 1897, p. 282). Comp. toutefois avec le "faux dogme de l'infailibilité administrative" dans les autres cas (6^e éd., 1907, p. 385, pour indiquer qu'à l'époque il n'était pas même envisageable de penser que l'administration puisse commettre une faute donnant droit à une indemnité; jusqu'à la 11^e éd., 1927, p. 37).

²³⁶ Du moins dans son précis. Voy. par exemple M. HAURIOU, *op. cit.*, *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, pp. 22 et 23, où le préalable est clairement associé au provisoire. Les décisions exécutoires de l'administration ont le bénéfice de l'exécution préalable; "exécution préalable à quoi ? à un examen de la justice de l'opération qui pourra être fait par un juge, mais qui ne sera fait qu'après coup, à titre de revision, parce que le recours contentieux n'est pas suspensif de l'exécution de la décision" (p. 23).

²³⁷ Le terme n'est lâché que plus tard, en fin de note, à la page suivante dans l'édition de 1921.

²³⁸ Resp. pp. 394 et 355. On le lit, la procédure rejoint la prérogative. La décision exécutoire précède (mais fait également partie, c'est inévitable) de la procédure (de l'action) d'office. En 1921, la dernière phrase est différente : "Si la contradiction se produit, alors un juge sera saisi *a posteriori* de la question de légitimité de la procédure d'exécution annoncée ou commencée" (idr).

Plusieurs éléments constitutifs d'un mode de preuve sont réunis dans cette réflexion. Ils font penser à l'acte notarié.

D'après l'auteur, il s'agit d'une simple "intention de procédure" (resp. p. 394, note 1 et p. 356, suite de la note 1). L'affirmation de la légitimité de l'emploi de la procédure d'office "vise uniquement les conditions de forme imposées, soit par la loi, soit par la bonne administration, à cet emploi; elle ne vise pas le fond du droit" (p. 394, note 1; le passage est supprimé en 1927). L'auteur espérait sans doute éviter de la sorte la confusion avec la force obligatoire. En dépit du fait qu'il écrit juste après que l'affirmation "produit immédiatement un effet juridique qui se résume en une sommation d'obéir adressée à tous ceux qui sont sous la dépendance de l'administration, c'est-à-dire aux agents d'exécution, et même, dans le cas des mesures de police, aux simples administrés" (p. 395, suite de la note 1 et p. 356, suite de la note 1, où l'effet juridique "repose sur" une sommation d'obéir et le cas des mesures de police devient "les cas réglementaires").

À un autre endroit, en 1933, l'auteur va jusqu'à rejoindre également la force exécutoire en soutenant que l'affirmation "rend exécutoire" le droit de l'administration "comme s'il avait été vérifié par un juge"²³⁹.

Chez A. HAURIU, en 1943, le sens général de la procédure privilégiée devient que les prétentions de droit "sont présumées incontestables" (p. 18), ce qui semble à tout le moins exagérer l'intention initiale de M. HAURIU. On verra plus loin, au moment d'aborder la conception contemporaine des privilèges, que le pli n'a cessé d'être pris et marqué depuis lors.

171. La force probante et la forme exécutoire. Le parallèle doit être fait entre ces considérations et celles relatives à la "forme exécutoire" de la déclaration de volonté administrative, déjà abordée plus haut au moment de distinguer les forces obligatoire et exécutoire, et soulignée dans les versions successives de la théorie, jusqu'en 1927.

Pour bien distinguer lesdites forces, M. HAURIU voit un élément de forme dans la force exécutoire, à la différence de l'effet de droit considéré comme un élément de fond. La raison en est certainement la formule exécutoire, pourtant inexistante en ce qui concerne les actes administratifs, et donc avancée mal à propos ou sans grande précaution scientifique : "D'ailleurs, on sait bien que les actes juridiques en général peuvent être revêtus d'une formule exécutoire qui est un élément de forme extérieure et qui peut leur être refusé, telle la formule exécutoire des jugements et celle des actes notariés; la loi elle-même reçoit la formule exécutoire par la promulgation du chef de l'État"²⁴⁰.

²³⁹ M. HAURIU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 159.

²⁴⁰ M. HAURIU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 278, idr. Dans la 6^e éd., 1907, p. 416, il n'est plus mentionné que l'élément peut être refusé, et il est ajouté en italiques qu'il s'agit d' "un ordre donné aux agents de la force publique d'avoir à prêter main-forte, telle est la forme (...)". Dans la 10^e éd., il est encore ajouté "Et les agents d'exécution n'ont à se préoccuper que de la régularité formelle de l'acte qu'on leur donne à exécuter, ils n'ont pas à se préoccuper du fond; c'est le principe de l'obéissance hiérarchique, qui est une variété de l'obéissance passive" (p. 397, suite de la note 4; 1927, p. 358, note 2).

Peut-on toutefois parler de forme exécutoire au sens propre à propos d'une décision dont le caractère doit être de "tendre désormais à l'exécution par sa seule vertu" (1901 et 1907, pp. 278 et 415), ou "dont l'exécution peut être immédiatement poursuivie par la voie administrative, autrement dit, par la procédure d'office" (1921 et 1927, pp. 396 et 358, arrêts du Conseil d'État à l'appui; depuis 1907, il était déjà avancé en note, à la suite d'un premier arrêt, que la décision est alors "susceptible d'être suivie d'exécution") ?

D'abord, l'ambiguïté de la force exécutoire n'est elle-même pas réglée, ce qui complique le débat. L'exécution dont il s'agit n'est pas seulement l'exécution forcée de l'acte, mais peut consister dans son exécution normative. Dans ce cas, l'obligation n'existe que dans le chef des organes exécutifs.

Ensuite, il est ajouté que la forme exécutoire n'a rien de sacramentel dans un grand nombre de décisions administratives (les décisions peuvent être verbales²⁴¹) et qu'il faut en conséquence se reporter aux règles de l'organisation administrative pour savoir si un acte est en forme exécutoire, par délégation de la puissance publique réglée par la loi. Il est en effet parfois disposé que telle ou telle décision est exécutoire. Mais voilà qui change du discours habituel selon lequel la procédure normale d'action administrative est la procédure par décision exécutoire (!). Il est par ailleurs affirmé que "La force exécutoire que la formule confère à la décision doit être considérée comme provenant d'un pouvoir propre qui compte parmi les attributions de l'organe administratif"²⁴². La "formule" ne manque pas de surprendre. Elle témoigne de la difficulté à saisir le phénomène exécutoire en matière administrative en dehors des règles habituelles du droit privé qui imposent une formule exécutoire. L'exigence d'une formule semble même contraire à la notion de décision exécutoire, tellement elle dénote par rapport au discours habituel.

172. Conclusion. En somme, concevoir la force exécutoire comme un simple élément de forme, à l'instar de M. HAURIU, est de nature à semer la confusion dans les esprits entre l'authenticité d'un acte et sa force exécutoire. Le risque de confusion a déjà été dénoncé dans la première section du présent chapitre²⁴³, indépendamment de M. HAURIU. Chez ce dernier, il est provoqué par l'expression "forme exécutoire" avancée par l'auteur. Le risque se matérialisera d'ailleurs largement par la suite.

À décharge de M. HAURIU, cependant, il faut évoquer le "contexte exécutoire" dans lequel la présomption de légalité est née. À l'époque, la présomption est quasi une conséquence logique du privilège de l'exécution préalable puisque, dans les faits, le privilège assure le différé de la discussion sur la légalité par rapport au moment de l'exécution²⁴⁴. Sans le privilège, cependant,

²⁴¹ L'auteur ajoute en 1921 que "pour leur propre garantie, les agents d'exécution exigeront le plus souvent que le coup de téléphone soit confirmé ultérieurement par écrit" (p. 398, note 1; 1927, p. 360, note 1).

²⁴² 1901, p. 279; 1907, p. 417; 1921, p. 398; 1927, p. 360. C'est-à-dire un pouvoir de décision qui "tend par lui-même à créer le droit" (1901, p. 282), "à créer le droit en le réalisant" (1907, p. 419), "à réaliser le droit" (1921, p. 400, note 3), note supprimée en 1927 (p. 362).

²⁴³ Voy. *supra*, n° 132.

²⁴⁴ M. HAURIU écrit encore sur ce point qu'il "n'est pas possible qu'il (le pouvoir administratif) soit entièrement subordonné en ce sens que l'exécution provisoire d'aucun commandement du pouvoir administratif ne

la présomption tombe. Elle dépend donc de son existence. Si bien qu'il faut craindre que, prise isolément et généralisée à outrance, c'est-à-dire détachée du privilège, elle ne devienne un mythe.

Dans la réalité, en effet, la présomption factuelle ne s'écarte pas vraiment du droit commun. La présomption de bonne foi prévaut, et de nombreux litiges se réduisent à une question de preuve²⁴⁵. Pourtant, la présomption tend aujourd'hui à être présentée comme définissant pour une bonne part le privilège du préalable dans les précis de droit administratif. En pratique, néanmoins, la présomption de légalité, comme l'exécution préalable, est directement fonction de l'organisation du contentieux, c'est-à-dire du privilège de juridiction en droit français.

4. Les principaux enseignements

173. Deux privilèges en vue. Si l'on veut garder les idées claires dans un contexte qui n'y est guère favorable, il convient de synthétiser les principaux enseignements de l'analyse textuelle qui précède et de les mettre en perspective.

En tout premier lieu, il faut insister sur l'existence, dans la théorie de M. HAURIOU, d'un seul et unique privilège relatif aux concepts de préalable et d'exécution. Tout au plus peut-il être prétendu, comme on l'a fait, que le privilège du préalable s'est peu à peu dissocié du privilège de l'exécution préalable pour accéder à une existence propre. Mais il reste fermement acquis que le premier inclut le second. De telle manière que M. HAURIOU n'a pas livré à la postérité les privilèges du préalable et de l'exécution d'office dans leur version actuelle. La séparation complète en deux privilèges, en particulier, est une œuvre postérieure à celle de M. HAURIOU²⁴⁶. On peut d'autant moins le nier que les premières critiques adressées à l'auteur visent un seul et unique privilège²⁴⁷.

Néanmoins, le privilège du préalable s'est vu attribuer un nom différent au fil de son extension et des éditions du précis de M. HAURIOU. De privilège du préalable (1901 et 1907), il est devenu puissance exécutive et action d'office (1921), pour finir en procédure exécutive (1927). L'élément obligatoire (la décision) s'est progressivement imposé à ce privilège, au lieu de constituer un autre privilège, distinct du premier. Or, au même moment, le juge administratif s'attelait à dompter le recours à la force et à infléchir la théorie initiale de M. HAURIOU. De telle manière qu'il est difficile de ne pas établir un lien entre les deux évolutions et de décrire le mouvement amorcé comme visant à décentrer le privilège initial sur des "forces libres", c'est-à-dire disponibles, à savoir la force obligatoire et l'exécution volontaire. La notion de décision

pourrait avoir lieu, si la légalité en était discutée. Notre Droit (...) n'admet pas la discussion préalable de la légalité des décisions exécutoires particulières; au contraire, ces décisions administratives s'exécutent d'office, nonobstant toutes voies d'opposition ou de recours" (1921, p. 16; 1927, p. 8; *ad*).

²⁴⁵ Preuve dont la charge incombe en toute logique au demandeur, que ce soit en réparation ou en annulation. L'article 1315 du Code civil n'énonce rien de plus.

²⁴⁶ Elle trouve son origine chez M. HAURIOU, mais elle sera consommée après la seconde guerre mondiale. Elle n'est pas unanimement partagée.

²⁴⁷ Voy. *infra*, III.

exécutoire a joué un rôle décisif à cet égard, que l'on retrouve, en particulier, dans la *procédure* exécutive.

Le privilège de l'exécution préalable, quant à lui, a été relativement constant dans sa formulation, à défaut de pouvoir le rester dans son contenu. Intimement associé à l'obéissance préalable et à l'obéissance provisoire, il n'a fait que transiter par le privilège de l'exécution provisoire pour mieux revenir à sa dénomination initiale. L'exécution provisoire demeure cependant un synonyme en 1927. Le privilège est "définitivement" formulé comme suit par M. HAURIOU :

"II. Le principe de l'exécution préalable des décisions administratives. En principe l'intervention du juge ne se produit que "a posteriori". - Obéissance immédiate est due, en principe, aux décisions, aux mesures d'exécution et à l'ensemble des opérations de l'administration; les réclamations ou recours des intéressés ne sont point, par eux-mêmes, suspensifs de l'exécution. Seul, le juge peut, très exceptionnellement, ordonner le sursis à exécution" (11^e éd., 1927, pp. 350 et 351).

Le sort ultérieurement réservé au privilège de l'exécution préalable paraît tout indiqué par l'apparition, toujours en 1927, de la notion d'exécution d'office.

On ne peut toutefois pas conclure à son homogénéité parfaite et à l'absence de confusion avec les autres forces. Car, si le privilège du préalable (initialement conçu), principalement, semble avoir été flanqué de tout ce qui n'est pas l'exécution d'office au fil du temps, il n'est pas certain qu'il ait donné le jour à un privilège distinct de l'exécution préalable. L'interpénétration des concepts, voire un certain double emploi, ne peuvent donc pas être exclus *a priori*. Il est possible qu'ils aient traversé les époques pour figurer, aujourd'hui encore, dans les précis de droit administratif.

Tel est bien le cas en pratique. Il sera donné de s'en rendre compte (III). Pour s'en départir, il suffit apparemment de rectifier le tir dès les prémices, à partir de M. HAURIOU, en remontant à la source des privilèges.

Or, au départ, "les privilèges" sont intimement liés à l'exécution forcée des obligations administratives. Leur représentation empirique le confirmera. À partir de ce constat, il convient "simplement" de se départir d'une série d'attributs inutiles à l'exécution forcée, ajoutés au phénomène parce que le contentieux le permettait²⁴⁸. Ces attributs ont parfois reçu une autonomie propre à travers le privilège du préalable. On songe en particulier à la prérogative de l'action unilatérale et à la présomption de vérité légale, dont il est souvent prétendu que tout acte administratif bénéficie. Ils sont venus compliquer fortement le sens initial donné aux privilèges. Il s'agit de les disqualifier. Quitte à ne retenir pour privilège qu'un seul élément, mais susceptible de déboucher sur une véritable théorie régissant concrètement l'activité administrative de manière avantageuse, même si c'est sur un point, voire dans des hypothèses très limitées.

²⁴⁸ Tel n'est plus le cas aujourd'hui, comme indiqué *supra*, n° 91 et 97.

174. Une évolution fatale. Deuxième enseignement à tirer de l'analyse. On savait déjà que la théorie de M. HAURIOU était une théorie en mouvement. On connaît maintenant toute la fatalité de son évolution.

Certes, il s'est avéré difficile de montrer un sens clair et précis dans l'évolution des concepts au fil des éditions du traité. Vraisemblablement, l'évolution n'était d'ailleurs pas voulue par l'auteur qui aurait certainement préféré atteindre un équilibre dès la première formulation. Il n'empêche qu'une évolution significative a pu être dégagée, même si elle est parfois un peu chaotique²⁴⁹. Elle est décelable jusque dans l'index ou la "table alphabétique des matières", pour utiliser la formule retenue par M. HAURIOU²⁵⁰.

Jusqu'ici, pourtant, les auteurs s'étaient attachés à montrer l'incohérence du savant auteur entre son précis et d'autres écrits. R. CHINOT, par exemple, a insisté sur le fait particulièrement marquant que M. HAURIOU présentait souvent des observations remarquables dans ses notes d'observation dont il ne tirait toutefois pas suffisamment les enseignements qui l'auraient mené

²⁴⁹ Certains développements, en particulier, passent parfois d'un endroit à un autre sans qu'il soit toujours possible d'expliquer la migration autrement que par l'intuition de l'auteur.

²⁵⁰ En effet, le seul élément constant de l'index, lié aux privilèges, est la Décision exécutoire (et la Puissance publique). Pour le reste, l'édition de 1901 mentionne seulement la Force exécutoire des décisions administratives ainsi que d'actes déterminés. Il faut attendre l'édition de 1907 pour voir apparaître des matières comme l'Exécution des lois par la voie administrative, le Préalable (privilège du), les Prerogatives de l'administration, les Privilèges de l'administration, le Procédé administratif d'exécution des services ou procédé de droit commun. En 1921 et 1927, les tables sont quasi identiques et prennent une allure plus complexe. On y trouve les Actes d'exécution, l'Action d'office (procédure d'), l'Autonomie juridique de l'administration, l'Exécution (le point de vue de l'), l'Exécution provisoire (prerogative de l'), l'Exécution volontaire des lois, l'Exécution forcée des lois et règlements, l'Exercice des droits de l'administration, la Force exécutoire des décisions administratives - il n'est plus renvoyé à des pages précises concernant la force exécutoire d'actes déterminés, mais seulement à d'autres matières, ce qui montre une césure définitive par rapport à la conception empirique -, la Forme exécutoire, les Mesures d'exécution, l'Obéissance passive, les Prerogatives de l'administration, les Privilèges de l'administration, la Procédure d'office et la Procédure par décision exécutoire, de même que le Sursis à exécution. En 1927, la Procédure d'office et la Procédure par décision exécutoire deviennent la Procédure exécutive ou par décision exécutoire. À noter que le Préalable (privilège du) figure dans les deux éditions alors que l'expression disparaît du corps du texte. Il est toutefois difficile d'en tirer des conclusions. Les pages auxquelles il est renvoyé conduisent en effet à rapprocher l'expression de la gestion d'office ou de l'action d'office, sans aucune certitude, en 1921, et de la procédure exécutive, de la décision exécutoire ou de l'exécution préalable, en 1927, sans plus de certitude.

à rejeter certains principes défendus dans ses ouvrages généraux^{251 252}. Jusqu'ici, les auteurs s'étaient en plus limités à constater la contradiction, sans dégager une évolution²⁵³.

La fatalité caractérise l'évolution des concepts chez M. HAURIOU parce qu'il les a développés à contretemps, c'est-à-dire en fin de compte à contre-courant²⁵⁴. Ce qui, en définitive, a contribué à leur opacité. "Il faut vraiment que la fatalité s'en soit mêlée", aurait écrit BOUCHENÉ-LEFER²⁵⁵. Car, un siècle plus tard, l'imprécision demeure la réalité des concepts en doctrine.

Pour rappel, M. HAURIOU avance ses catégories dans un contexte d'incertitude lié à la formation jurisprudentielle du droit administratif. L'auteur semble décrire une réalité propre à son temps : le caractère exécutoire par la force des actes administratifs. À une année près, cependant, cette réalité est bouleversée en jurisprudence par l'imposition de conditions au recours à l'exécution forcée par l'administration. Mais, au lieu de revoir ses catégories, l'auteur s'efforce de les maintenir au rang de principe explicatif du droit administratif dans son ensemble²⁵⁶. Il se limite à faire état de limites ou d'atténuations qui mettent pourtant sérieusement en doute le bien-fondé des principes.

²⁵¹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 29, note 2. Un exemple très concret suffit à l'établir. En 1908, soit l'année suivant la 4^e édition de son précis, l'auteur écrit en note, après avoir soutenu la "provision" due à l'acte administratif : "C'est qu'en réalité, cette thèse de la provision due à l'acte administratif dans l'exécution de la loi est sous la dépendance d'un certain nombre d'idées et de sentiments qui vont tous les jours en s'affaiblissant, ou dont le renforcement momentané est tout à fait factice. 1^o) La procédure d'exécution des lois par la voie administrative est condamnée par l'expérience (...). 2^o) La force d'exécution provisoire des actes administratifs, sans contrôle préalable du juge, est elle-même en baisse, même aux yeux de la juridiction administrative (...). 3^o) Le principe de la séparation des pouvoirs n'est plus interprété en ce sens qu'il y aurait une sphère de la vie publique et du droit public qui serait supérieure à celle de la vie privée et du droit privé; bien au contraire, tout en admettant l'indépendance du droit public et son autonomie, on tend à reconnaître que le droit privé est le droit commun, et le juge privé le juge de droit commun" (M. HAURIOU, note sous plusieurs arrêts du T.C., S., 1908, 3, 49, ici 51).

²⁵² G. DUPUIS va plus loin : "À vrai dire, la pensée de l'éminent juriste est singulièrement complexe et nuancée : peut-être pourrait-on dire *sans exagération* qu'il existe trois théories de la décision exécutoire, celle du fameux précis de droit administratif et de droit public, celle des notes de jurisprudence, et celle qui résulte des excès de la systématisation des idées de son fondateur" (*op. cit.*, T. I, 1962, p. 543, n° 388, idr; l'auteur l'établit pp. 543 à 549, toujours n° 388), comme si M. HAURIOU n'avait pas toujours été d'accord avec lui-même. On sait maintenant, de surcroît, que plusieurs théories ponctuent les versions successives du célèbre précis. Les "variations" ne concernent donc pas seulement la dernière édition, comme l'ont incidemment montré C. EISENMANN (*op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 8, p. 744) et avant lui R. CHINOT (*op. cit.*, 1945, p. 22 : "des éléments qui sont contradictoires, au moins en apparence"). Rem. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 8, p. 748 : "HAURIOU ne paraît pas distinguer clairement le pouvoir de prendre des décisions en général, le pouvoir de prendre des décisions portant sanction, et enfin le pouvoir de réaliser par emploi de la force les unes ou les autres".

²⁵³ Rem. toutefois F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 157. L'auteur indique de manière péremptoire, sans livrer la moindre analyse, que les diverses éditions du précis de M. HAURIOU montreraient que l'auteur accorde au caractère exécutoire de la décision une importance de plus en plus grande dans le régime juridique de l'acte administratif, jusqu'à prendre le pas sur l'élément "création d'obligations" et l'absorber pour synthétiser les effets originaux de l'activité juridique de l'administration. F. MODERNE prend de la sorte le contre-pied de l'appréciation livrée ci-dessus, au terme d'une analyse détaillée.

²⁵⁴ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 58.

²⁵⁵ BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1863, p. 354.

²⁵⁶ Rem. à cet égard M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 85 et 86 : victime qu'il était de sa conviction de départ sur l'étendue des pouvoirs de l'administration, "on conçoit qu'il ait pu éprouver des difficultés à y faire

Parallèlement, les concepts évoluent néanmoins. L'exécution préalable, de forcée, devient principalement volontaire, mais pas uniquement. Elle est surtout liée à la situation plus favorable dans laquelle une partie se trouve dans des circonstances déterminées, et dans laquelle la décision paraît alors se suffire à elle-même. Le privilège flirte ainsi avec la force obligatoire de l'acte vers laquelle la quête de l'auteur le conduit irrésistiblement. Par la même occasion, pourtant, l'exécution préalable perd jusqu'à sa raison d'être. Car, de privilège, elle rejoint le droit commun. Le critère qui servait à identifier un privilège devient en effet inutile en présence d'une exécution seulement volontaire. L'intervention préalable du juge ne lui est pas nécessaire en droit commun, et l'absence de cette intervention devient donc ordinaire, comme pour ce qui concerne la naissance d'une obligation. Néanmoins, une force supplémentaire se mêle encore aux autres, sans grand ménagement. La présomption de légalité apparaît, comme pour justifier tous les droits.

Bref, les trois forces de l'acte juridique se confondent progressivement, jusque dans la dernière édition du précis. Divers éléments se rassemblent vaille que vaille au sein d'une même et unique théorie. On les trouve aujourd'hui encore dans les précis de droit belge²⁵⁷, jusque dans leur formulation, avec les mêmes vices logiques. On a pu recenser notamment l'obéissance préalable, provisoire ou immédiate; l'absence d'intervention du juge; la présomption; l'absence de sursis à exécution; le renversement du rôle de demandeur; l'exécution à ses risques et périls pour l'administration; etc.

175. Des "notions contentieuses". Troisième enseignement. Tous les éléments qui viennent d'être cités confirment un sentiment qui ressort également de l'analyse, à savoir que le privilège de M. HAURIOU, surtout celui du préalable, avec l'extension qu'il a connue, est devenu une notion factuelle qui rend compte d'une situation contentieuse générale²⁵⁸, un concept explicatif de l'ensemble d'un contentieux. La situation visée est celle de l'administration devant son juge de droit commun, le juge administratif.

rentrer les cas normaux". R. CHINOT écrit de manière plus franche encore, en voilant à peine le destinataire de sa remarque, que le problème traité est un problème de principe à l'égard duquel "les auteurs les plus sérieux en arrivent parfois (...) à solliciter les termes des décisions de jurisprudence pour appuyer une thèse dont ils veulent faire une vérité absolue" (*op. cit.*, 1945, pp. 29 et 30; *add.* p. 41 : une thèse préconçue; p. 56 : une conviction de principe).

²⁵⁷ On a pu s'en rendre compte avec un extrait du précis d'A. BUTTGEBACH, *supra*, n° 113. Tous ces éléments sont repris et analysés *infra*, sub III.

²⁵⁸ L'évolution du privilège est d'ailleurs liée à une notion contentieuse, la décision exécutoire, elle-même intimement liée à la conception française de la séparation des pouvoirs. À noter que M. HAURIOU va jusqu'à écrire que "Ce qui constitue le régime administratif, c'est l'espèce de pouvoir au moyen duquel les droits de puissance publique de l'État sont exercés et au moyen duquel les services publics sont gérés" (1921, p. 19). L'importance du contentieux administratif tel qu'organisé, sans lequel le privilège n'existerait pas, ressort surtout d'un extrait constant à travers les éditions du précis. L'auteur commence par la prérogative, mais il est vite rejoint par le juge administratif : "Une puissance publique armée de prérogatives légales qui exécute toutes ses volontés d'une façon préalable, les réclamations des administrés n'intervenant que contre l'acte accompli sans pouvoir en arrêter l'exécution; ces réclamations portées devant un juge spécial qui appartient à l'administration, au moins d'une façon latérale, et qui applique des règles posées en grande partie par des règlements administratifs" (1907, p. 387; 1921, p. 50; 1927, p. 39).

À noter que le terme "préalable" incitait à cette évolution. En effet, au lieu de se rapporter à l'autorisation du juge requise en droit commun pour recourir à l'exécution forcée, il peut aussi servir à désigner l'ensemble de ce qui précède l'intervention du juge - en l'occurrence du juge administratif en ce qui concerne l'action administrative -, ce qui est tout différent et nettement moins précis. Le cas échéant, le terme peut même viser une présomption de légalité, alors pourtant qu'elle serait seulement déduite de l'intervention tardive²⁵⁹ du juge administratif par rapport à l'exécution. De la sorte, le préalable prend du volume autour de l'intervention du juge sortie de son contexte. Mais il ne sert plus à établir un privilège précis. Il est utilisé pour établir une différence globale de régime plutôt qu'une dérogation précise par rapport au droit commun.

Tel est précisément le cas du "privilège" chez M. HAURIOU. Il existe en fait avant d'exister en droit²⁶⁰. Le constat est important parce qu'il explique la formulation initiale du privilège. Elle participe du procédé retenu par l'auteur, dont il ne s'est jamais caché. "Je ne conçois pas une théorie comme une construction idéologique, mais comme une synthèse des faits", écrit-il en 1897 en réponse aux critiques de M. JACQUELIN qui veut réformer l'ensemble du contentieux administratif en se fondant sur une approche de droit comparé. "Venu au droit administratif par l'histoire", l'auteur est "pour le respect des traditions et pour l'utilisation de ce qui existe"²⁶¹.

Appliqué au privilège du préalable, le procédé²⁶² se concrétise par l'affirmation selon laquelle la puissance publique a, dans ses actes et opérations, "une sorte de privilège qui vient de sa nature même et de ce qu'elle doit être obéie"²⁶³. Ou encore : "dans les matières administratives, (où) il est admis *pratiquement* que l'administration fait d'elle-même, d'office, tout ce qui est nécessaire pour l'exécution des services publics et le fait avec droit"²⁶⁴. Bref, le parti pris par l'auteur est le suivant : "puisque les prérogatives des administrations publiques exist(ait)ent en fait, il n'y a(vait) que des avantages à les faire pénétrer dans le droit pour les mieux régler"²⁶⁵.

Pourtant, l'exécution forcée des obligations n'est pas un véritable droit pour l'administration. Elle n'est d'ailleurs pas généralisée en pratique, M. HAURIOU le reconnaît à plusieurs endroits. Il s'agit plutôt d'un privilège de fait dans la mesure où, si l'administration décidait de recourir à la force, à l'époque, le particulier était dans l'incapacité de s'y opposer utilement, faute d'un référé suspensif devant le Conseil d'État.

²⁵⁹ Intervention tardive organisée comme telle.

²⁶⁰ Rem. à cet égard L. CAVARÉ, fidèle à M. HAURIOU (son président de thèse et doyen), lorsqu'il défend la normalité, c'est-à-dire la règle de la procédure par décision exécutoire en l'absence de dérogation légale, c'est-à-dire "toutes les fois qu'un obstacle légal ne l'en empêche pas" : "Tels sont les faits et telle est la règle : l'administration se rend justice par la décision exécutoire qu'elle prend. (...) C'est ce qu'on exprime en disant, dans le langage juridique, que la procédure par décision exécutoire est de droit" (*op. cit.*, 1920, p. 5).

²⁶¹ M. HAURIOU, *op. cit.*, 3^e éd., 1897, resp. pp. 236 et 237, note 1.

²⁶² Procédé encore utilisé aujourd'hui, y compris en doctrine belge !

²⁶³ M. HAURIOU, *op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 246. Toujours dans la même perspective réaliste et procédurale, l'auteur explique par exemple qu'à la différence des ordres verbaux de la police, l'obéissance préalable n'est pas exigée pour ce qui est des règlements écrits de la police "puisque poursuivi en contravention on peut être acquitté si l'on fait la preuve de l'illégalité du règlement" (p. 247, note 1; 6^e éd., 1907, p. 405, note 2 et 10^e éd., 1921, p. 353, note 1).

²⁶⁴ M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, p. 356, suite de la note 1.

²⁶⁵ M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 18, note 1, *ad.*

M. HAURIOU ne cache pas le lien du privilège avec celui de juridiction. Il écrit par exemple que le privilège de l'exécution préalable est complété par un privilège de juridiction en ce sens que les décisions exécutoires prises peuvent être attaquées, mais seulement devant la juridiction administrative²⁶⁶. Comme annoncé de manière générale dans le premier chapitre²⁶⁷, le "privilège" existe donc parce que l'administration n'est soumise ni au contrôle du juge judiciaire ni au droit commun.

Le lien avec la séparation des pouvoirs trouve encore à s'exprimer dans la dixième édition du précis, en 1921 (p. 356). Ce sont les relations de la puissance exécutive de l'administration avec le juge qui sont avancées comme déterminant le pouvoir d'action d'office. Certes, M. HAURIOU précise que ce dernier n'exclut pas le contrôle du juge. En pratique, toutefois, le contrôle du juge est organisé de telle manière qu'il n'a pas la vertu d'arrêter l'exécution des opérations administratives.

Le procédé de M. HAURIOU explique comment l'auteur a pu être si vite dépassé, puisqu'il se situait à l'intersection de deux siècles et de deux régimes différents. Il est par contre étonnant que sa théorie ait été maintenue en droit administratif, par lui après 1902, mais aussi par de nombreux administrativistes français et belges depuis lors.

176. Un privilège désincarné du droit commun. Quatrième enseignement. Il est lié au précédent. Comme il fallait s'y attendre en droit français²⁶⁸, le privilège du préalable, chez M. HAURIOU, n'est pas le fruit d'une comparaison détaillée avec le droit commun.

Certes, en 1907, une première approche dans ce sens est venue soutenir les résultats d'une recherche originale déjà menée sur la manière de procéder et d'exécuter en droit administratif français. Mais cette approche a rapidement disparu. Avec pour conclusion, tirée par M. HAURIOU, que toute autonomie de la volonté comporte un certain pouvoir d'action d'office, y compris en droit privé où il espère que l'on tiendra compte de ses recherches.

Bref, la qualification de privilège est inappropriée chez M. HAURIOU. Elle est inadéquate sur le plan comparatif, que ce soit entre droits civil et administratif, ou entre droits français et belge. Et pourtant, elle traversera les générations.

177. Un privilège tourné vers le passé. Cinquième enseignement. On sait maintenant que lorsque M. HAURIOU a pris la plume, il s'est inscrit dans la continuité. Ainsi le voulait d'ailleurs sa méthode de travail. C'est à la fois ce qui a perdu sa théorie, puisqu'elle a été conçue à contretemps, et ce qui permet aujourd'hui de la comprendre dans la mesure où, dès le départ, elle était en décalage avec son temps. R. CHINOT va jusqu'à écrire de M. HAURIOU qu'il a vécu quarante ans trop tard !²⁶⁹

²⁶⁶ M. HAURIOU, *op. cit.*, 6^e éd., 1907, p. 381.

²⁶⁷ Voy. *supra*, n^{os} 95 et s.

²⁶⁸ Et comme annoncé *supra*, n^o 102.

²⁶⁹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 58.

Il en résulte que le privilège de M. HAURIOU est tourné vers le passé. Il est la reprise d'une représentation empirique du droit administratif français que l'auteur a approfondie, qu'il a formulée de manière plus théorique et à laquelle il a ajouté quelques arrangements. Il ne s'en est donc pas complètement dégage²⁷⁰.

Par conséquent, se tourner vers cette représentation empirique peut s'avérer très riche en enseignements, en particulier pour identifier les vices logiques de la théorie de M. HAURIOU. Cette partie de l'histoire du droit administratif français est d'autant plus intéressante qu'elle est généralement ignorée sous l'angle des privilèges. Sauf erreur, seule G. DARCY s'est très brièvement et partiellement attachée à ces prémices, à partir de quatre auteurs, et encore seulement en ce qui concerne la notion de décision exécutoire²⁷¹. Son interprétation de l'évolution est inverse à celle retenue et exposée ci-dessous.

II. La représentation plus empirique des privilèges

178. Le contexte historique. Il n'est pas nécessaire de remonter jusqu'à la nuit des temps pour apprécier l'effort empirique fourni par les prédécesseurs de M. HAURIOU. Il suffit d'indiquer, y compris avec ce dernier²⁷², que le régime administratif français est né de l'incapacité royale à imposer l'unité du droit et de juridiction.

Au Moyen-Âge, en effet, l'administration était judiciaire²⁷³. Les parlements judiciaires - comme on les appelait - s'étaient multipliés. Ils étaient investis des tâches administratives essentielles, peu nombreuses à l'époque, principalement la police et les impôts. Ils avaient l'exercice d'un véritable pouvoir réglementaire. Mais ils présentaient un défaut principal et de taille, à savoir une profonde dispersion à la fois organique et matérielle, institutionnelle et juridique. Dispersion difficilement conciliable avec la multiplication progressive des services publics.

La centralisation administrative fut en quelque sorte le remède au défaut de centralisation judiciaire. À partir du quinzième siècle, jusqu'à la révolution française, le pouvoir royal s'est progressivement transformé en un pouvoir poussant la précaution jusqu'à connaître lui-même de l'exécution de ses décisions, par le biais d'intendants et du conseil du Roi. Auparavant, l'exécution de ses décisions était confiée aux parlements judiciaires. Désormais, le pouvoir de police se distingue du pouvoir judiciaire. Il est exercé par des fonctionnaires liés entre eux par la centralisation.

²⁷⁰ Parfois, M. HAURIOU n'hésite pas à mentionner lui-même qu'il ne fait "que systématiser des vues déjà émises" (*op. cit.*, 4^e éd., 1901, p. 228), en l'espèce par E. LAFERRIÈRE et par L. MICHOUX en ce qui concerne l'opposition de deux modes d'administration, l'un d'autorité et l'autre de gestion.

²⁷¹ G. DARCY, "La décision exécutoire. Esquisse méthodologique", *A.J.D.A.*, 1994, pp. 667 et 668. L'article a été découvert une fois l'analyse effectuée.

²⁷² M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, pp. 5 à 8, note 1.

²⁷³ Des procureurs du Roi étaient placés près des juridictions pour faire valoir les droits de l'administration royale. Et les administrateurs ne pouvaient "marcher à l'encontre des droits des administrés" qu'en vertu d'ordonnances préalables du juge (10^e éd., 1921, p. 20; 11^e éd., 1927, p. 10). Le pouvoir d'action d'office est donc plutôt moderne. Ce qui explique aussi pourquoi "la prérogative d'action d'office (...) reste liée à une sorte de juridiction d'office des tribunaux ordinaires" (10^e éd., 1921, p. 5).

La résistance des parlements judiciaires à cette évolution devait conduire à la connaissance, par ceux-ci, des litiges soulevés par l'activité du nouveau pouvoir, mais cette fois en tant que juges. La réaction du pouvoir royal est bien connue : l'interdiction de cette connaissance et l'émergence, en fin de compte, de la juridiction administrative au sein même du pouvoir exécutif.

Une étape importante de cette évolution est de toute évidence la révolution française. La séparation des pouvoirs est proclamée. Et le nouveau pouvoir reçoit le nom de pouvoir exécutif. L'administration n'est plus judiciaire. Elle est exécutive. Le pouvoir exécutif se caractérise "en ce qu'il tend à assurer à la fois l'ordre public et le règne de la loi par des moyens de police et aussi en ce qu'il est un pouvoir qui passe lui-même à l'exécution de ses propres décisions, c'est-à-dire qu'en somme c'est un pouvoir qui, en vue de la police, a centralisé la décision, l'exécution et la contrainte. Il a tellement centralisé l'exécution et la contrainte qu'il les a monopolisées : aucun autre pouvoir de l'État ne peut passer à l'exécution de ses propres décisions, ni le pouvoir législatif, ni le pouvoir judiciaire, ni le pouvoir électif; toute mesure d'exécution, toute mise en mouvement de la force publique exigent l'intervention du pouvoir exécutif"²⁷⁴. M. HAURIOU qualifie ce mode d' "exécution en régie"²⁷⁵.

179. L'exécution provisoire. Dans ce contexte, la représentation plus empirique des privilèges, qui précède l'effort conceptuel fourni par M. HAURIOU dans le courant du dix-neuvième siècle, ne s'en éloigne en définitive pas tellement. Certes, avec ce dernier, la formulation atteint un degré d'analyse et d'abstraction inconnu jusque-là. Mais l'objet visé n'en reste pas moins identique. Un privilège de fait s'impose à l'observation des "pionniers"²⁷⁶ du droit administratif. Il est déjà traduit par le phénomène de l'exécution provisoire, mais sans l'étiquette d'un privilège. Il s'inscrit dans le cadre d'une situation globale plus favorable à l'administration qu'aux particuliers. Cette situation est liée à la séparation des pouvoirs, en particulier des fonctions judiciaire et administrative, ainsi qu'à l'organisation du contentieux administratif. Les enseignements tirés de l'approche empirique ne sont donc pas très différents de ceux dégagés à partir de la théorie de M. HAURIOU. Mais leur état est embryonnaire.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 7, suite de la note 1, *id.*

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ T. FORTSAKIS les considère comme les "pionniers" du droit administratif car ils ont en quelque sorte préparé la venue de l'esprit d'analyse (*op. cit.*, 1987, p. 34). Ils en ont permis l'émergence. Plusieurs efforts d'abstraction ont en effet accompagné une attitude surtout descriptive, débouchant le plus souvent sur l'accumulation de détails et des réglementations. Contrairement à toute attente, une première conception des privilèges peut en être dégagée. Une conception sans doute timide, mais néanmoins existante à l'époque, et sur laquelle aucun administrativiste ne paraît s'être véritablement penché auparavant. L'attitude de nombreux auteurs au vingtième siècle est en effet de dénier toute valeur scientifique aux ouvrages de droit administratif du début du siècle dernier, "pures compilations indigestes" à l'estime du doyen HAURIOU (*ibidem*, p. 42). Ils considèrent LAFERRIÈRE et HAURIOU comme les premiers vrais théoriciens du droit administratif français. Avec eux, "Les quelques pages consacrées aux réflexions générales et qui, sous forme d'introduction ou de prolégomènes, précédaient l'exposé des différentes matières, se sont étoffées au point d'absorber l'essentiel du droit administratif" (p. 104). La conséquence en est que l'étude d'un sujet de droit administratif commence avec ces deux auteurs. En oubliant de manière presque systématique que les auteurs antérieurs sont loin de demeurer à l'écart de toute tentative d'élaboration théorique. Ils n'ont pas seulement préparé l'avènement de l'âge classique. Ils en ont parfois déterminé l'évolution ultérieure, parce qu'ils ont initié une direction, un mouvement - restreint mais certain - vers l'élaboration de concepts au sein d'un système.

Ce qui différencie surtout les deux conceptions, c'est l'explication mise en avant pour justifier la situation. M. HAURIOU, pour sa part, la cherche du côté de la spécificité administrative, dans la suite logique de l'arrêt "Blanco". Il finit par la trouver dans le principe de la continuité du service public, dont on trouve d'ailleurs plusieurs allusions directes dans les versions successives de son précis²⁷⁷. Avant M. HAURIOU, le même mouvement est certes initié. Mais il faut savoir que, dans de nombreux cas, l'acte administratif est apparenté, à l'époque, à une sorte de jugement, une sorte de décision de justice administrative. Son caractère exécutoire est alors une évidence²⁷⁸. Elle explique l'absence de réels développements au sujet de l'exécution administrative, principalement en droit français. Elle justifie aussi que personne n'ait songé à identifier un privilège à cet endroit.

La situation est un peu différente en droit belge où, jusque 1920, la période se caractérise par l'absence pure et simple de contrôle de l'activité publique de l'administration. En conséquence, avant d'étudier les premières représentations liées aux privilèges (B), il convient d'approfondir la question de l'exécution administrative devant le pouvoir judiciaire en droit belge (A). Elle permet de mettre en évidence l'écart qui sépare le privilège de fait de sa justification doctrinale inspirée du droit français, y compris à l'époque. Car si le privilège procède en fait de la séparation des fonctions administrative et judiciaire, la conception doctrinale de l'acte administratif en tant que jugement permet de couper court, en théorie, à toute discussion quant à sa réalité (C).

A. L'exécution administrative en droit belge avant 1920

180. Un contexte favorable au privilège. Pour rappel, toute la période considérée (1831-1920) est caractérisée par la carence en contrôle de l'administration, dont on a souligné le paradoxe dans un système fondé sur l'unité de juridiction²⁷⁹. En règle générale, le particulier est, en droit belge, privé de tout recours lorsque l'administration se pare de la gestion publique. Il dépend de son bon vouloir. Il n'est pas en mesure d'obtenir du pouvoir judiciaire la réparation du préjudice causé par l'administration, même en présence d'un acte illégal. Inutile pour lui, *a fortiori*, de penser à demander au juge de remédier préventivement à une illégalité. Le comportement de l'administration ne peut être évalué qu'au travers de la responsabilité politique des ministres devant les chambres.

²⁷⁷ M. HAURIOU, *op. cit.*, 4^e éd., 1907, p. 389; 10^e éd., 1921, p. 413, note 1; 11^e éd., 1927, p. 375, suite de la note 2.

²⁷⁸ L'idée résiste parfois au temps. Comp. J. BRETHER de La GRESSAYE, in *Études offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 308 : les décisions administratives unilatérales ont force exécutoire "comme un jugement de l'autorité judiciaire".

²⁷⁹ Il est parfois donné de lire ce paradoxe chez des auteurs français non avertis qui considèrent le contrôle judiciaire de l'administration comme étant la règle. Ainsi, pour M. HAURIOU qui écrit par hasard en 1921, l'organisation d'une juridiction administrative distincte de la juridiction ordinaire répond au souci de ne pas laisser sans juge les litiges créés par l'activité administrative. Historiquement, cependant, "le pouvoir exécutif aurait pu ne prendre pour lui que la décision et l'exécution, et le contentieux aurait pu être laissé aux anciennes cours de justice, c'est-à-dire aux tribunaux ordinaires; c'est le système qui a prévalu dans un certain nombre de pays du continent, particulièrement en Belgique" ... (10^e éd., 1921, p. 8).

Or, le(s) privilège(s) relève(nt) par définition de l'activité publique de l'État, spécialement de la puissance publique, on l'a vu avec M. HAURIOU. Sans trop s'avancer, on peut donc supposer l'existence bien réelle d'un privilège de l'exécution préalable en droit belge, à la limite même plus authentique qu'en France, où le contrôle opéré par le juge administratif tend à se renforcer dès la fin du dix-neuvième siècle. Dans les deux cas, néanmoins, le principe même de l'exécution préalable dépend précisément et directement de l'organisation du contentieux, et en particulier de l'absence de faculté effective, pour l'administré, de recourir utilement au juge pour remédier, avant toute exécution, aux éventuelles illégalités.

Il est étonnant, dans ce contexte, que la doctrine belge soit restée muette sur ce point dans les développements consacrés à l'exécution administrative en droit belge. Mais le constat justifie en même temps son étude. Il importe en effet de bien mettre en évidence la nature factuelle du privilège pour mieux démontrer l'habillage juridique, voire politique, que la doctrine concevra ultérieurement dans le sillage des auteurs français. Sans cet habillage, le privilège déraciné de son contexte se trouverait subitement dépourvu de réelles explications. En même temps, "l'habit ne fait pas le privilège", de telle manière qu'il faut en éprouver la convenance. Car, à défaut, le privilège est une idée désincarnée de la réalité et qui permet tous les égarements possibles sur le plan conceptuel, en ce compris le mélange des forces de l'acte juridique.

181. Le prisme de la responsabilité. Le silence des auteurs n'est en réalité complet que dans les ouvrages généraux. Il est en partie comblé par plusieurs contributions phares de l'époque, mais qui sont destinées à établir le contrôle judiciaire de l'administration et l'évocation possible, devant le juge judiciaire, de la responsabilité de celle-ci²⁸⁰. Néanmoins, ces contributions permettent de mieux comprendre l'origine des privilèges et l'état des premières représentations analysées au point suivant.

En effet, l'absence de contrôle réalise alors un véritable privilège de fait. De même qu'il a été longtemps unimaginable d'invoquer la responsabilité de l'État autrefois assimilé au monarque, véritable "monstre de puissance"²⁸¹, l'exécution des actes ne semblait faire aucun doute à l'époque. En pratique, les juges estimaient qu'il ne leur appartenait pas d'arrêter l'exécution d'un acte administratif illégal, ni de la défendre. Ils étaient tout au plus disposés à ne pas y prêter leur concours, à supposer qu'il leur soit demandé. Or, comment s'opposer à l'action administrative flanquée de la force publique, si ce n'est par la voie judiciaire ?

On peut mentionner dans ce sens, parmi la jurisprudence citée dans les études et conclusions consacrées à la responsabilité de l'administration - la question de l'exécution est à l'époque toujours abordée à travers un problème de responsabilité, et pour cause -, l'établissement et la poursuite du recouvrement de l'impôt.

182. Un exemple en matière d'impôts. Dans une espèce à l'origine de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1887²⁸², l'État est déclaré intervenir en qualité de pouvoir public, et non en tant que personne civile, lorsqu'il recouvre l'impôt. La conclusion pratique tirée de cette qualification préalable est la suivante. Elle est logique dans le contexte de l'époque : l'État n'est pas soumis aux règles civiles de la responsabilité pour l'activité considérée.

En ce qui concerne l'exécution comme telle, la Cour ne dit mot. Elle n'a pas été interrogée à ce propos. On peut toutefois lire en note la portée du raisonnement et de la qualification en ce qui concerne les règles de l'exécution : "En conséquence, elle agit d'autorité, comme puissance publique, avec l'*imperium* qui s'attache aux faits administratifs. L'action gouvernementale se manifeste toujours par la force; les contraintes sont décernées par les receveurs chargés d'opérer les recouvrements (Loi du 5 juillet 1871, art. 7; loi du 26 août 1822, art. 290.)" (309 et 310, idr).

La manière de procéder, propre à la Cour, saute aux yeux. Elle déduit de la nature de l'activité un régime juridique applicable dans sa globalité. En ce qui concerne l'exécution, il ne vient pas à l'esprit du juge que les règles civiles les plus élémentaires puissent être appliquées à l'administration dès lors qu'elle agit en qualité de pouvoir public.

À y regarder de plus près, cependant, la mention précise de textes de loi semble au contraire indiquer qu'un texte légal est nécessaire pour l'utilisation de la force qui ne serait donc pas le mode d'action obligatoire pour l'administration. De plus, l'obligation de décerner une contrainte établit un portrait inverse à l'utilisation directe de la force pourtant largement supposée dans les ouvrages généraux. Il faut donc se méfier des *a priori* énoncés à l'époque, y compris en note sous les arrêts de la Cour de cassation. Le climat est propice aux égarements. La nature publique de l'activité exonère l'administration de tout contrôle. En pratique, l'exonération s'étend à toutes les règles civiles, quand bien même elles régleraient un aspect déterminé et isolé de l'activité considérée. Leur respect par l'administration devient une affaire purement volontaire.

On le perçoit mieux ainsi : à l'époque, on ne raisonne que globalement. Tous les ingrédients sont présents pour permettre aux auteurs de conclure à la spécificité générale de l'exécution administrative et de dégager un privilège tout aussi général à cet endroit. Il faut même reconnaître qu'il pouvait difficilement en aller autrement.

183. L'étendue de l'immunité. D'autres exemples permettent de se rendre compte de la portée concrète de l'immunité de juridiction - pour le reste déjà étudiée au chapitre précédent -. Ils ont été relevés pour leur lien avec les privilèges étudiés. Ils concernent l'exécution administrative au sens strict du terme, de laquelle il faut exclure l'application de sanctions pénales.

²⁸⁰ Comme indiqué précédemment (n° 93), il s'agit d'un besoin plus immédiat et préalable (un prérequis) à l'étude d'autres sujets en doctrine.

²⁸¹ L. WODON, *op. cit.*, 1920, p. 186, expression reprise par M. CAPART retraçant l'apologie de la force et de l'arbitraire, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 246, p. 354.

²⁸² *Pas.*, 1887, I, 309 et note 2; *B.J.*, 1890, col. 1553. Comp. Cass., 2 novembre 1882, *J.T.*, col. 765 (incompétence).

À l'époque, celle-ci donnait en effet lieu à une jurisprudence comparable, consistant dans l'interdiction de prouver l'illégalité d'un acte administratif dans le cadre d'une procédure pénale²⁸³. L'hypothèse ne vise toutefois pas l'exécution administrative proprement dite. Le cas échéant, l'agent compétent se limite à dresser un procès-verbal qui, transmis au parquet, pourra donner lieu à des poursuites judiciaires. Mais il ne procède pas à l'exécution au sens strict d'une obligation administrative.

Les exemples retenus, quant à eux, soulignent une donnée majeure sans laquelle l'apparition d'un (de) privilège(s) absolu(s) tel(s) que formulé(s) par M. HAURIOU ne peut pas être comprise. Elle atteint son paroxysme dans le système belge, de manière à permettre la caricature. Il devient presque tentant d'écrire que seule l'immunité permet l'existence de ce(s) privilège(s). En droit français, elle est en effet plus relative et participe davantage de l'organisation du contentieux devant le juge administratif.

On l'a vu, le raisonnement conduisant à l'immunité est fondé sur la nature de l'activité considérée. Le problème avec ce genre de raisonnement est qu'il conduit rapidement à l'impasse. On le sait en ce qui concerne le partage de compétences entre les juridictions ordinaires et les juridictions administratives en France, à propos de l'étendue du contrôle judiciaire en Belgique. La difficulté réside dans la détermination de la nature de l'activité qui, dans la majorité des cas, est incertaine parce qu'elle emporte des arguments d'égale valeur en faveur de thèses opposées. Une même incertitude gagne en conséquence toutes les théories administratives et, parmi elles, la théorie de l'exécution administrative. Ce qui est particulièrement le cas en France où toutes les recherches comportent une étude consacrée au partage des compétences²⁸⁴.

Or, en droit belge, les auteurs ne sont pas d'une aide précieuse à cet égard, car les exemples qu'ils donnent sont trop évidents²⁸⁵ et écartent ainsi, en théorie, et donc en apparence, tout doute à ce sujet. M. CAPART²⁸⁶ est un digne représentant de cette tendance. Fidèle à une démarche encore fort empirique, il cite simplement au titre d'actes souverains notamment la réquisition par le gouverneur, le commissaire d'arrondissement ou le bourgmestre de la gendarmerie ou de la force armée, les nombreux arrêtés et actes de commandement pris dans des situations particulières et individuelles en exécution de lois ou de règlements existants, l'arrêté royal expulsant un étranger, l'ordonnance du bourgmestre prescrivant la démolition d'un immeuble menaçant ruine, l'arrêté ordonnant de museler les chiens, l'arrêté du collège des bourgmestre et échevins autorisant la collocation d'un insensé. Son analyse de la jurisprudence révèle encore qu'une mesure de police ne peut pas entraîner la responsabilité de la commune dont elle émane et qui la fait exécuter par ses agents, même dans la façon dont elle est réalisée²⁸⁷. Rien de plus.

²⁸³ Comp. Cass., 2 mai 1901, *Pas.*, 1901, I, 219 et R.A., 1901, p. 437, concl. M. l'av. gén. VAN SCHOOR, p. 440 et l'expression "sans que le pouvoir judiciaire ait la faculté d'y contredire en rien".

²⁸⁴ En Belgique, le même phénomène est apparu avec la réforme de l'État et le fédéralisme.

²⁸⁵ Les cas litigieux et plus controversés sont passés sous silence.

²⁸⁶ M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 237, p. 322.

²⁸⁷ *Ibidem*, n° 249, p. 381.

184. La portée de l'immunité. Néanmoins, même si les frontières de l'immunité sont parfois floues, l'important est de réaliser qu'à l'époque, même lorsqu'une illégalité flagrante est commise dans la plupart des matières administratives, le juge renonce à exercer un contrôle qui, par voie de conséquences, laisse l'administration entièrement libre. En pratique, il suffit souvent à cette dernière de veiller à exciper d'une disposition légale cohérente pour éviter tout contrôle²⁸⁸. Toute exécution est *a priori* présumée légale. De nouvelles illustrations permettent de s'en rendre compte et d'affiner les modalités concrètes d'une sorte de complicité passive dans le chef du pouvoir judiciaire.

Avant cela, il faut toutefois préciser qu'à l'époque, il n'est pas tout à fait exact de soutenir que le pouvoir judiciaire ne connaît jamais de l'action administrative. Mais rarement une voie de droit permet au particulier de s'y opposer. Car "dès qu'une action s'attaque directement à un acte de puissance publique, elle est déclarée irrecevable"²⁸⁹. Aussi le détournement de pouvoir n'est-il pas sanctionné : "la jurisprudence n'a pas encore pénétré dans cette région nouvelle. À part quelques tentatives très rares en matière de responsabilité civile, on peut dire que la notion du détournement de pouvoir lui est complètement étrangère"²⁹⁰. Lorsque les tribunaux sont saisis d'une contestation portant sur un droit individuel et qu'ils se trouvent devant des actes administratifs illégaux, ils ne peuvent ni les annuler, ni les réformer, ni interdire à l'autorité administrative d'en poursuivre l'exécution. La seule résistance qu'ils sont en droit d'y opposer est une résistance passive : c'est "le refus de collaborer à leur application", principalement lorsque l'administration leur demande d'appliquer une peine²⁹¹.

²⁸⁸ La situation est un peu différente en droit français. On soulignera à cet égard la remarque d'E. LAFERRIÈRE selon laquelle, dans le droit administratif (français) moderne, "il ne suffit plus, pour faire échec à la compétence des tribunaux, d'invoquer un intérêt public ou de donner une forme administrative à des actes qui, d'après leur objet, relèveraient du droit commun. Il faut que le caractère administratif résulte de la nature même de l'acte, et non pas uniquement de la qualité de son auteur ou du but qu'il se propose" (*op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 429). C'est évidemment reconnaître que tel était le cas auparavant. En ce qui concerne la situation en 1887, comp. p. 481 : l'action en dehors de tout contexte légal autorise la compétence du pouvoir judiciaire à travers la voie de fait, tandis que l'inverse n'est pas vrai, car il s'agit alors d'un recours pour excès de pouvoir. Ainsi, l'expulsion d'un étranger qui prétend avoir la nationalité française doit être portée devant le Conseil d'État. Celui-ci posera cependant la question précise de la nationalité au pouvoir judiciaire parce qu'il s'agit d'une question d'état. À condition toutefois d'un débat sérieux sur ce point (T. I, pp. 466 et 467).

²⁸⁹ M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 66, p. 90.

²⁹⁰ M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 59, p. 84. Quelques juges ont par exemple tenté la distinction entre la délibération et son exécution pour justifier un contrôle de l'exécution lorsqu'elle dépasse la décision, quand est seule en cause la manière d'exécuter, lorsqu'elle n'est pas la conséquence directe de la délibération. L'exécution visée n'est toutefois pas de type forcée, celle-là précisément qui est le plus souvent considérée comme procédant de la puissance publique. Au contraire, les actes concernés se rapportent généralement à l'exécution de travaux sur le domaine de l'État. L'État est alors perçu comme revêtant la personnalité civile en qualité de propriétaire et, à ce titre, comme susceptible d'engager sa responsabilité. Voy. not. X (BECKERS), "De la responsabilité civile des administrations publiques et des fonctionnaires", R.A., 1900, n° 4 et s., pp. 96 et s.; X, obs. sous civ. Liège, 21 décembre 1907, R.A., 1908, pp. 139 à 142; ou encore M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 501 et 502, pp. 672 et 673. Ce qui fait d'ailleurs écrire en 1906 que l'"On ne peut s'empêcher de constater que la personnalité physique des individus est moins complètement garantie contre les actes de l'administration que ne l'est la propriété immobilière. Ces incongruïtés de la jurisprudence sont d'ailleurs plus apparentes que réelles et trouvent leurs explications dans le respect qu'inspire à nos tribunaux le dogme de la séparation des pouvoirs" (X, obs. sous F. SANLAVILLE, "Dommages résultant des travaux publics", R.A., 1906, p. 264).

²⁹¹ M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 51, p. 72 et n° 56, p. 79. Chaque fois qu'un plaideur a sollicité la protection des tribunaux sous une autre forme qu'une abstention pure et simple, sa demande fut énergiquement repoussée (*ibidem*, n° 49, p. 69). Voy. aussi J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 312 à 316; A.

S'il s'agit d'un règlement sanctionné par des peines, en effet, la solution est susceptible d'être différente. Le pouvoir judiciaire est seul qualifié pour prononcer une condamnation pénale. Son intervention est donc indispensable à l'efficacité de la mesure. Et l'article 159 de la Constitution nécessairement applicable : il confère au juge le droit d'en "énervier la vigueur". "D'un côté, le droit individuel est donc livré sans garanties aux abus du pouvoir; de l'autre, il est immunisé contre les tentatives de l'arbitraire. Pourquoi cette dualité de régime, et quel en est le *criterium* ? De part et d'autre, il s'agit d'un droit lésé, comme il s'agit d'un acte accompli par l'administration. La seule différence, c'est que, dans le premier cas, l'autorité peut assurer elle-même l'exécution de la mesure qu'elle a prise, tandis que, dans le second, elle doit faire appel au concours de la justice"²⁹².

Concrètement, si un particulier s'estime lésé mais qu'il n'est pas cité devant les tribunaux, il lui est impossible de prendre l'initiative d'une attaque contre l'acte administratif²⁹³. C'est évidemment cette hypothèse déterminée qui retient l'attention parce qu'elle détermine la réalité du privilège étudié.

185. Un exemple en droit des étrangers. Un exemple célèbre permet de bien comprendre la portée de la jurisprudence. Il est à peu près unanimement cité par la doctrine pour exprimer son indignation. Il se rapporte au droit des étrangers²⁹⁴. Il mérite quelques développements, mais il se résume à un cas de figure assez simple. L'expulsion d'un étranger est décidée dans des conditions illégales, en l'espèce par une autorité manifestement incompétente. En dépit de cette illégalité flagrante, le pouvoir judiciaire s'estime incompétent pour remédier à l'exécution de l'ordre donné au motif que la séparation des pouvoirs le lui interdit.

Le 9 juillet 1845, l'administrateur de la sûreté publique prescrit au sieur Ceulemans, commandant de la brigade de gendarmerie à Anvers, de procéder à l'arrestation de la personne de Demoiselle Jones et de l'embarquer sur un bateau à vapeur partant pour l'Angleterre. Effectivement arrêtée, l'intéressée parvient cependant à se pourvoir en référé avant son embarquement. Elle se fonde sur le fait que son arrestation a eu lieu sans qu'un arrêté royal

GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., 1885, n° 205, p. 229 et *op. cit.*, T. I, 1895, "Actes illégaux", n° 3 et 5; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 596. À noter en France l'existence d'une jurisprudence comparable en ce qui concerne l'application des *règlements* administratifs par le juge pénal, accueillie par A. MESTRE sous l'angle de la collaboration des pouvoirs à accentuer : "Recherches sur l'exception d'illégalité", in *Mélanges Maurice Hauriou*, *op. cit.*, 1929, pp. 565 à 598.

²⁹² M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 40, pp. 59 et 60. À noter la dualité qui s'installe de la sorte entre l'exécution et la sanction pénale. On la retrouvera ultérieurement à propos de l'exécution d'office dont une des conditions posées à son recours par la jurisprudence (du moins en droit français) est précisément l'absence de sanction pénale établie par la loi. Il ne faut toutefois pas inverser l'ordre des choses. Il semble que ce soit le comportement concerné qui détermine principalement le choix du mode nécessaire à l'exécution en pratique : l'autorisation de l'exécution d'office ou la prévision d'une sanction, parfois les deux. Comment en effet exécuter d'office l'obligation de ne pas franchir une ligne blanche lorsqu'elle vient de l'être ? Seule la sanction pénale est dans ce cas susceptible de permettre d'infléchir le comportement du particulier, et uniquement pour l'avenir.

²⁹³ M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, col. 500, p. 670. Y compris devant le juge civil, lorsque son intervention est requise pour autoriser l'exécution forcée, telle la démolition d'un bâtiment menaçant ruine en l'absence d'un péril imminent (comp. Liège, 18 mars 1875, *Pas.*, 1875, II, 235).

²⁹⁴ Bruxelles, 14 août 1845, *Pas.*, 1845, II, 285.

d'expulsion lui ait été notifié. Elle ne critique donc pas le bien-fondé de la décision, à supposer du moins qu'elle eût été prise par l'autorité compétente. De son côté, l'administration de la sûreté publique ne conteste pas avoir requis la force publique sans titre ni droit, dans la mesure où l'expulsion d'un étranger résidant en Belgique ne peut être ordonnée, à l'époque, qu'en vertu d'un arrêté royal, au terme de la loi du 22 septembre 1835.

L'objet de la demande est précis. Il vise la nullité de l'arrestation et la défense à ce qu'il y soit donné suite. Ce que le président du tribunal d'Anvers accorde, en plus d'ordonner la mise en liberté immédiate de la Demoiselle Jones. La décision est contestée par le sieur Ceulemans. L'administrateur intervient alors dans l'instance et conclut à l'incompétence du tribunal pour connaître de la demande portée devant lui. Ce que la Cour d'appel d'Anvers déclare de manière intéressante et significative le 14 août 1845.

L'arrêt en question est clairement fondé sur la séparation des pouvoirs. La Cour commence par affirmer la compétence du pouvoir exécutif en matière d'expulsion des étrangers dans l'état de la législation et des arrêtés royaux. Elle précise que la matière est confiée à l'administration de la sûreté publique sous l'autorité immédiate du ministre de la justice.

Le véritable objet de la demande et de l'ordonnance rendue est alors circonscrit. La demande visait à obtenir du pouvoir judiciaire "*une défense directe* à l'autorité qui, comme administration de la sûreté publique, c'est-à-dire au nom du ministre ou du pouvoir exécutif, a décerné l'ordre d'expulsion dont il s'agit au procès, *d'exécuter cet ordre, de donner suite*, au moyen de contrainte ou de force employée en termes d'accomplissement de cette expulsion à laquelle l'intimée se refusait" (285). Or, "c'était là, de la part de la demanderesse en référé, réclamer de la justice, non simplement la solution ou déclaration d'un droit civil, mais une disposition qui caractériserait, de la part de l'autorité judiciaire, un acte de suprématie d'un des pouvoirs sur l'autre, une invasion par voie de commandement de l'un dans le domaine ou le cercle d'attributions de l'autre" (286). Suivent des considérations sur la séparation des pouvoirs et leur indépendance, de "même source" constitutionnelle. Il est surtout précisé que "cette appréciation (...) ne laisse, pour aucune hypothèse, les citoyens ou les individus qui se trouvent sur le sol belge à la merci des agents responsables du pouvoir, puisque la Constitution a donné la liberté du droit de plainte et a établi dans la Chambre législative même une garantie puissante par le droit discrétionnaire d'accuser à raison des actes abusifs qui émaneraient des ministres responsables" (286).

La Cour donne de la sorte un signal clair à l'autorité administrative. Il n'entre pas dans son intention de s'immiscer dans les affaires administratives, en tout cas pas dans l'exécution des décisions administratives²⁹⁵, même si les formes (à l'évidence substantielles, en l'occurrence)

²⁹⁵ Le 22 mai 1869, le tribunal de première instance de Bruxelles accepte en effet de déclarer pour droit qu'un étranger se trouve dans un des cas d'exception à l'expulsion prévus par la loi. Mais la demande concerne un droit civil ou politique tendant uniquement à établir l'état et la qualité du demandeur, et non l'annulation de l'acte administratif ou la suspension de son exécution, ceci expliquant vraisemblablement cela. A. GIRON y voit toutefois l'ébauche d'une "immunité légale" conférée à l'intéressé, revenant en termes à peine déguisés à défendre indirectement au ministre de donner suite à l'ordre d'expulsion. Avec cette conclusion significative : le juge aurait de la sorte excédé ses pouvoirs (*op. cit.*, 2^e éd., 1885, n° 211, p. 234 et *op. cit.*, T. I, 1895, "Pouvoirs", n° 5, p. 97) !

ne sont pas respectées²⁹⁶. En d'autres termes, l'autorité peut clairement se passer de l'intervention des juges pour mettre cette mesure à exécution. Il lui suffit d'opérer l'expulsion *manu militari*, c'est-à-dire de requérir les forces de l'ordre. Les tribunaux éventuellement saisis par le particulier n'ont d'autre faculté que celle de s'abstenir. Ils doivent nécessairement repousser les protestations que l'étranger croit pouvoir formuler devant eux. Bref, le droit individuel lésé se trouve sans protection²⁹⁷. Ou alors sous une protection quasi inutile dans le cas d'espèce, au surplus temporaire compte tenu de l'influence française progressive, consistant dans l'octroi d'une réparation civile *a posteriori*.

Telle est au demeurant l'issue du cas d'espèce, qui eût sans doute été différente quelques années plus tard. Demoiselle Jones décide en effet d'assigner l'auteur et l'exécutant de son arrestation en paiement d'une somme d'argent pour dommage souffert par l'ordre d'expulsion et son commencement d'exécution. L'affaire est portée en degré d'appel après que Demoiselle Jones ait été déboutée en première instance, le tribunal d'Anvers s'étant déclaré sans pouvoir pour juger de la légalité de l'ordre émané. La Cour d'appel de Bruxelles²⁹⁸ lui accorde néanmoins des dommages-intérêts, à charge seulement de l'administrateur. La motivation de l'arrêt est intéressante. Après avoir soutenu que l'article 24 (ancien) de la Constitution soumet formellement les fonctionnaires publics à l'empire de la loi commune (en l'occurrence l'article 1382 du Code civil), en dispensant de toute autorisation préalable les poursuites à exercer contre eux et en ne dérogeant pas, à leur égard, aux règles de la juridiction ordinaire, la Cour se déclare compétente pour connaître d'une action en réparation civile, juger de la légalité de l'ordre donné "sinon pour arrêter l'exécution au moins pour en apprécier les circonstances par rapport aux intérêts civils de la partie lésée" (45)²⁹⁹.

186. Un précédent. L'arrêt du 14 août 1845 n'est en réalité pas unique en son genre et confirme largement un arrêt plus ancien de la Cour d'appel de Bruxelles³⁰⁰, peut-être même

²⁹⁶ Ce qui, selon les *Pandectes b.*, est une proposition "des plus discutables" (T. XXII, 1887, "Compétence respective", n° 162, col. 194).

²⁹⁷ Voy. toutefois Cass., 13 janvier 1902, *Pas.*, 1902, I, 106 et concl. conf. pr. av. gén. VAN SCHOOR. L'arrêt admet la mission des tribunaux, dont il est précisé qu'elle est unique et exclut tout contrôle des motifs impartis aux seules chambres législatives, de vérifier si celui dont l'expulsion est ordonnée est étranger et s'il se trouve dans un des cas prévus à l'époque par l'article 2 de la loi du 12 février 1897. La réaction d'O. ORBAN, pourtant imprégné du droit français, indique toutefois l'isolement du cas d'espèce. Lui demandant d'être plus hardie, il invite la justice à refuser l'application d'un arrêté d'expulsion d'un étranger s'il n'est pas prouvé qu'il a été délibéré en Conseil des Ministres (*op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 352, p. 424). Dans le même sens déjà : A. GIRON, *op. cit.*, 1857, n° 76, p. 44, selon lequel si le juge se déclare incompétent en cas d'illégalité d'une mesure d'expulsion, il est clair qu'il concourt à l'application de l'acte vicieux (comp. pourtant avec la note 295 ci-dessus !); *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte administratif", col. 75, n° 108 et 109 et note 1.

²⁹⁸ Bruxelles, 4 juillet 1846, *Pas.*, 1847, II, 44. À noter que la discussion a notamment porté sur le maintien en vigueur d'un arrêté du 6 octobre 1830 disposant d'urgence et provisoirement l'obligation pour les étrangers de justifier de leurs ressources. La Cour déclare à cet égard que ni les opinions émises à l'occasion d'une discussion à la Chambre, "ni le refus d'admettre l'abrogation de l'arrêté, ne peuvent, en l'absence d'un acte formel du pouvoir législatif qui en proclame le maintien, former obstacle à ce que les tribunaux, interrogeant les principes qui régissent l'abrogation des lois, décident qu'il a perdu sa force légale" (46). L'occasion est ainsi donnée d'insister une fois encore sur la précarité du moment, en particulier sur l'absence de sécurité juridique.

²⁹⁹ Comp. Bruxelles, 20 décembre 1845, *Pas.*, 1846, II, 117, concernant l'enlèvement d'une baraque établie sur un champ de courses public.

³⁰⁰ Bruxelles, 26 avril 1834, *Pas.*, 1834, II, 102. *Add.* les vives critiques d'un membre du Congrès (qui a fait partie de la section centrale nommée pour l'examen du projet de constitution), *Dans quels cas l'autorité judiciaire*

plus intéressant encore que le précédent, parce qu'il est rendu juste au lendemain de la promulgation de la nouvelle Constitution (1834)³⁰¹, également au sujet de l'expulsion d'un étranger³⁰².

En effet, l'avis du Ministère public, reproduit dans la *Pasicrisie*, ainsi que les commentaires résumant les défenses adoptées par les parties à la cause, font clairement état de l'hésitation, à l'époque, entre une interprétation moderne voulue par la Constitution et une interprétation³⁰³ plus classique, procédant à l'évidence de la doctrine française. Or, l'imposition de cette dernière est nettement établie par l'avis conforme, mais aussi par la référence explicite, faite en note 1 sous le sommaire, à l'incontournable HENRION de PANSEY, de même qu'à d'autres autorités françaises.

Si on sait que le sommaire est formulé sur le mode interrogatif, mais qu'il est expressément répondu par la négative à la question de savoir si le pouvoir judiciaire est compétent pour

peut-elle arrêter les excès de pouvoirs de la puissance exécutive ?, Bruxelles, Remy, 1834, 30 pp. indigné par l'expulsion de Libert-Batave Cramer domicilié à Anvers. Avec espoir, l'auteur commence par ces mots : "Jamais une constitution ne court plus de danger d'être dénaturée que dans l'intervalle qui sépare sa promulgation de l'époque où, mieux appréciée par tous les citoyens, elle commence à triompher de toutes les répugnances, de tous les obstacles qu'elle a rencontrés sur sa route" (p. 9). Il s'indigne de l'interprétation stricte donnée à l'ancien article 107 de la Constitution et la met sur le compte des troubles et des pillages qui viennent d'affliger Paris, Lyon et Bruxelles, conduisant à renforcer à tout prix le gouvernement. Il révèle surtout une explication très simple et très plausible de la rédaction de l'article 159 de la Constitution, dont les tenants d'un contrôle limité ont profité pour jouer sur les mots. La disposition constitutionnelle ne permet pas aux cours et tribunaux de s'opposer à l'exécution des arrêtés illégaux parce que "le mot indique une action, une spontanéité, tandis que le pouvoir judiciaire est par sa nature même passif. Ainsi, par exemple, si je fais une saisie en vertu d'un titre nul, le citoyen, objet de cette vexation, s'oppose à la saisie, et non pas le juge qui ne fait qu'appliquer les lois. De même le citoyen lésé par un arrêté illégal qu'on veut exécuter sur sa personne ou sur ses biens, s'oppose à cette mesure, non pas en opposant la violence à la violence, mais en implorant l'appui de la loi dont le magistrat n'est que l'organe, et celui-ci en jugeant que l'autorité était incompétente, que la disposition n'est pas rendue dans les formes constitutionnelles, ne s'oppose point à un arrêté, mais maintient ce citoyen dans l'exercice des droits garantis par la constitution, et prouve ainsi son obéissance aux lois" (p. 20).

³⁰¹ En l'occurrence, la décision traduit l'incertitude régnant à l'époque quant aux textes applicables, en l'espèce concernant l'expulsion des étrangers, quant à la force légale de l'article 7 de la loi du 28 vendémiaire an VI compte tenu de l'ancien article 128 de la Constitution conférant aux étrangers non naturalisés et résidant en Belgique, la jouissance des droits qui constituent les garanties des personnes et des biens. L'une des deux ordonnances entreprises, reproduite avant l'arrêt, est éloquent (l'autre, relatée par le membre du Congrès, conclut à l'inexistence de loi qui permet l'expulsion d'un étranger) : "bien qu'il soit de principe qu'une loi ne peut perdre sa force, en tout ou en partie, que par une loi postérieure, cependant on a vu, sous le gouvernement précédent, des exemples nombreux où des arrêtés royaux évidemment contraires à des dispositions légales recevaient leur exécution, et que cet abus avait d'autant plus vivement frappé les esprits que, d'après la jurisprudence des arrêts alors existants, l'autorité judiciaire n'avait pas mission pour juger de la légalité des actes du pouvoir exécutif, et pour faire ainsi rentrer ce pouvoir dans les bornes constitutionnelles; (...) le magistrat, en refusant, le cas échéant, toute exécution à un arrêté illégal du pouvoir exécutif, ne fait que proclamer son aveugle obéissance aux lois, pour le maintien desquelles il est institué" (102).

³⁰² Pour la petite histoire, le sieur Cramer est un citoyen néerlandais expulsé avec d'autres parce qu'il est suspecté à la suite d'incidents survenus à Bruxelles les 5 et 6 avril 1834, en l'occurrence des émeutes suscitées par l'ouverture d'une souscription en vue du rachat des chevaux du haras de Tervuren, appartenant au prince d'Orange. Cons. P. GODDING, "L'expulsion des étrangers en droit belge (Aperçu historique 1830-1952)", *Ann. dr.*, 1970, p. 305 et note 14.

³⁰³ Il s'agit bien d'une interprétation car les articles de la Constitution mentionnés à l'appui de la thèse classique sont identiques à ceux avancés pour établir la sujétion de l'administration au même juge et au même droit que les particuliers, en particulier les anciens articles 78, 92 et 107 de la Constitution.

connaître de l'opposition formée à l'exécution d'un arrêté du gouvernement, on peut en déduire que, dès 1834, toute conception de l'exécution administrative est inévitablement imprégnée par le droit français. Mais aussi que la question du sursis à exécution lui est directement associée. Ce qui est en fin de compte naturel, puisque la seule voie de droit dont le particulier dispose pour s'opposer à l'utilisation de la force par l'autorité publique est le recours au juge.

L'opinion la plus répandue est clairement exprimée d'entrée de jeu par le premier avocat général. "Si nous interjetons appel, dit-il, des décisions de M. le président du tribunal d'Anvers, ce n'est pas que nous les considérons comme un obstacle à ce que le gouvernement passe outre à l'exécution de l'arrêté dont il s'agit (!); mais l'intérêt public et le bon ordre de la justice exigent que nous déférions à la censure des magistrats supérieurs toute décision abusive et tout excès de pouvoir des juges inférieurs" (103, idr).

L'arrêt n'est pas moins clair sur le sort qui est réservé à l'exécution administrative comprenant, en l'espèce, l'exécution forcée : "Attendu qu'au pouvoir exécutif appartient le droit de prendre des arrêtés pour l'exécution des lois; que le contreseing du ministre rend celui-ci responsable de l'exécution qu'il y donne directement et sans l'intervention de l'autorité judiciaire; que s'il sort des limites que la constitution lui trace, c'est à la chambre des représentants qu'il appartient de la traduire devant la Cour de cassation, seule compétente pour le juger; (...) que c'est donc là qu'existe constitutionnellement le moyen de réprimer l'arbitraire; que si ce moyen, par sa lenteur indispensable, peut offrir l'inconvénient de laisser un acte arbitraire se consommer, cet inconvénient, quelque grave qu'il soit, ne peut cependant balancer les dangers sans nombre qu'entraînerait l'intervention du pouvoir judiciaire dans les actes du pouvoir exécutif" (108 et 109, idr)³⁰⁴.

La Cour confirme ainsi très explicitement le principe selon lequel les cours et tribunaux ne peuvent refuser l'application d'un arrêté illégal que lorsqu'elle leur est demandée. Selon la Cour, "il ne faut pas confondre l'obligation imposée aux tribunaux de ne point appliquer les arrêtés contraires aux lois, avec le droit prétendu de s'opposer à leur exécution directement poursuivie par le pouvoir exécutif" (108, idr; voy. aussi 103)³⁰⁵.

³⁰⁴ L'avis fait référence à cet égard à des plaintes déposées en 1815 devant la Chambre des représentants par les sieurs Guyet et Cauchois-Lemaire (104). À suivre ce raisonnement, "les droits civils et la propriété ne seraient plus que des questions de majorité parlementaire" (106), dit-on d'un côté de la barre. À l'inverse, de l'autre côté, "aucun ministre n'oserait jamais engager sa responsabilité personnelle dans de pareils actes" (107), à savoir des confiscations de propriété ou des condamnations à mort qui pourraient devenir possibles et être exécutées par des arrêtés d'administration générale. Certes, un tel système présente des inconvénients, mais ils sont moindres comparé à ceux engendrés par un système qui permettrait à la judicature d'entraver la marche du gouvernement. D'ailleurs, "lorsque la constitution aura reçu son complément par les lois organiques, ces inconvénients disparaîtront en grande partie, et s'ils existent provisoirement, ils sont le résultat des circonstances qui n'ont pas permis à la législature de sanctionner toutes les garanties de la constitution" (toujours 107) ...

³⁰⁵ Confirme encore le principe la thèse soutenue par le demandeur selon laquelle "si la loi du 28 vendémiaire an VI n'existait plus, le ministère, malgré l'abrogation de cette loi, pourrait, de son autorité, expulser tous les étrangers résidant en Belgique, et mettre sa résolution à exécution. Dès lors, il suspendrait ou anéantirait la constitution relativement aux étrangers. Or, ce que le ministre ferait à l'égard des étrangers, il pourrait également le faire à l'égard des Belges : dès lors il n'y aurait plus de garanties, et la constitution ne serait qu'un vain titre sans aucune sanction" (106 et 107). On peut y lire en filigrane, même si c'est de manière très ténue, la nécessité soutenue d'une base légale pour entreprendre l'exécution préjudiciable.

187. Confirmation en doctrine. Les cas d'espèce liés à l'exécution administrative sont évidemment très nombreux, surtout si on n'opère aucune sélection selon les matières et les instances. Certains reviennent plus régulièrement chez les auteurs, que ce soit dans les précis ou les ouvrages généraux, dans les articles, les monographies, voire également dans les conclusions consacrées au contentieux de la responsabilité de l'administration. Fondamentalement, toutefois, leur enseignement est réduit à la confirmation des principes qui viennent d'être dégagés, si bien que leur énumération exhaustive ne présente aucun intérêt. Par contre, il faut insister sur ce que le privilège est largement confirmé en doctrine, sans être pourtant explicitement mentionné en droit belge.

En effet, les auteurs font largement écho à la jurisprudence. J.-H.-N. DE FOOZ, par exemple, souligne que "le pouvoir pose donc tous les actes qu'il croit convenir sans qu'il soit jamais permis au juge d'apporter des obstacles immédiats à leur exécution"³⁰⁶. En cas de réquisition de la force publique pour un objet illégal, le juge ne peut pas s'interposer pour défendre à l'agent d'exécution d'obéir à l'ordre donné. Ce n'est que si des poursuites sont dirigées contre lui pour refus d'obéissance que le juge peut et doit examiner la légalité de la réquisition. S'il veut agir dignement, l'agent d'exécution doit pour ainsi dire prendre ses responsabilités au sens propre du terme. Interprété comme cela, évidemment, l'article 107 (159) de la Constitution "ne contrarie pas le principe de l'indépendance du pouvoir administratif"³⁰⁷.

Pour A. GIRON, les juges excèdent leur pouvoir lorsqu'ils interviennent préventivement ou défendent d'exécuter les ordres émanés de l'administration, quand même ces ordres seraient abusifs ou illégaux. La règle "empêche les deux pouvoirs de se mettre ouvertement en conflit"³⁰⁸. Avec un constat posé qui, aujourd'hui, a pris des allures très ironiques. L'auteur soutient en effet que l'expérience faite en Belgique depuis un demi-siècle démontre combien est peu fondée la crainte française de voir le pouvoir judiciaire s'immiscer dans les affaires administratives par l'octroi du pouvoir de juger la légalité des actes administratifs³⁰⁹.

188. Bémol en pratique. J. LEJEUNE³¹⁰ souligne le désordre auquel pousse un tel système dans lequel ce n'est qu'à force de persistance, de voies de fait et de désobéissance que l'on finit par obtenir raison. L'auteur permet toutefois de conclure à l'absence d'un arbitraire

³⁰⁶ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 315. Avec cette formule un peu confuse : "on ne peut être juge des conséquences d'un fait, quand on ne peut contraindre à poser ce fait" (p. 314, note 1).

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 315.

³⁰⁸ A. GIRON, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1885, n° 211, p. 234, plus généralement pp. 233 à 235. La défense d'y donner suite constituerait, de la part du pouvoir judiciaire, une véritable invasion, par voie de commandement, dans le domaine réservé aux administrateurs, article 237 du Code pénal à l'appui. Voy. aussi E. REMY, *op. cit.*, B.J., 1881, p. 1376; *Pandectes b.*, T. XXII, 1887, "Compétence respective", n° 160, col. 194.

³⁰⁹ Ainsi que par le retrait au pouvoir exécutif par le Constituant du "privilège de régler lui-même les limites de sa compétence", référence étant faite à l'arrêt célèbre, déjà mentionné, pris par Guillaume Ier pour se proclamer le juge supérieur et en dernier ressort des actes administratifs en général.

³¹⁰ J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, p. 113. Comp. en France G. JÈZE pour qui l'individu est la victime du contrôle politique dont le résultat est un déni de justice. "Lorsque le remède légal sous la forme de recours juridictionnel n'existe pas, on voit apparaître, d'une manière ou d'une autre, la résistance à l'oppression; les individus se font justice eux-mêmes" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1925, pp. 341 et 342).

généralisé de la part de l'administration en pratique, et de croire ainsi que la responsabilité des ministres devant les représentants du peuple ait joué un rôle à cet égard.

Mais l'auteur écrit en 1857, c'est-à-dire à une période où, sans doute, les habitudes administratives ne sont pas encore réellement fixées. Il décrit ainsi "la marche des choses" comme ne consistant pas dans l'exécution forcée systématique. Selon l'auteur, "Quand un citoyen est atteint dans ses droits par un acte administratif, la marche ordinaire des choses amène un procès dans lequel l'acte administratif, invoqué comme moyen, se trouve constitutionnellement soumis à l'appréciation des cours et tribunaux. Tantôt ce sera le ministère public ou bien un particulier qui maintiendra l'acte administratif et viendra demander la sanction judiciaire pour vaincre la résistance du citoyen, et les tribunaux, avant d'en ordonner l'exécution, auront le droit de rechercher si l'acte administratif présente le caractère de légalité qui peut seul lui donner force obligatoire"³¹¹. L'extrait est éloquent, mais il ne traduit pas nécessairement la réalité.

On trouve néanmoins un autre exemple en matière de servitudes d'alignement, donné par M. BOURQUIN. Ce dernier prend la peine de signaler que "le riverain qui se passerait d'autorisation préalable risquerait d'entendre ordonner par les tribunaux la démolition des travaux illégalement effectués"³¹². C'est forcément que l'administration belge, à cette époque, s'estime tenue par une certaine réserve à propos de l'exécution d'office. Ou que la réglementation est claire et précise dans le domaine considéré ! Car le même auteur³¹³ révèle aussi les tentatives quasi inexistantes destinées à permettre au pouvoir judiciaire d'au moins remédier, sinon aux décisions illégales, au moins aux mesures d'exécution de la décision telles qu'injonctions, défenses, saisies, soit toute une série d'actes matériels assimilables à de véritables voies de fait en cas d'illégalité.

189. Conclusion. En somme, la règle est donc l'absence de contrôle, *a priori* comme *a posteriori*, à défaut de pouvoir établir la responsabilité de l'État, si ce n'est par l'émission de son vote et à travers la responsabilité politique des ministres³¹⁴.

L'administration est véritablement libre de poursuivre l'exécution de ses actes, au début à ses risques et périls et sous la responsabilité qui lui est propre³¹⁵, mais uniquement durant les premières années qui suivent l'indépendance.

³¹¹ J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, pp. 152 et 153, idr. L'auteur ajoute : "Tantôt ceux qui l'auront exécuté se prévaudront de l'acte administratif pour dégager leur responsabilité poursuivie, et, avant d'en accepter l'autorité, les tribunaux auront le droit de la vérifier. Le juge ne va point au-devant des questions de légalité que les actes administratifs peuvent soulever, on les lui apporte en lui demandant l'application des actes administratifs et son droit est d'y répondre; son rôle n'est point de censurer l'administration, mais de décider, entre deux adversaires, sur un point qui les divise".

³¹² M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 210, p. 220, idr.

³¹³ M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, nos 43 à 45, pp. 62 à 65.

³¹⁴ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, p. 337, sn.

³¹⁵ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 318.

À l'époque, le pouvoir judiciaire a globalement raison de s'estimer "désarmé" en présence d'"actes exécutoires opérant d'office", c'est-à-dire "là où l'acte de l'administration peut parfaitement se passer d'une intervention du juge pour sortir ses effets"³¹⁶. L'abus n'est toutefois pas la règle en pratique.

B. Les représentations des privilèges

190. Introduction. Les premières représentations empiriques des privilèges sont principalement françaises en dépit d'un contexte plus favorable encore au privilège en Belgique par rapport à la France. De toute évidence, la doctrine belge n'est pas encore intéressée par la question, à l'époque. Pourtant, elle s'intéresse à l'exécution administrative. Mais elle est davantage préoccupée par la "mise au greffe" de l'administration. Elle se limite donc à quelques affirmations ou à faire état du droit français.

En doctrine française, par contre, plusieurs expressions circulaient déjà, traduisant parfois jusqu'à l'idée de base. "L'exécution provisoire" est sans doute la plus significative à cet égard. Elle était alors associée à des institutions annonçant des éléments de définition, tout au moins des articulations. On songe en particulier au sursis à exécution, au départ toléré dans des cas très exceptionnels. En 1887, E. LAFERRIÈRE³¹⁷ indiquait à son sujet, à propos de la procédure contentieuse, que le sursis à exécution de la décision attaquée est rarement accordé par le Conseil d'État, à condition qu'il y ait des griefs articulés contre l'acte et que "l'exécution provisoire" risque de causer un préjudice irréparable à la partie. Dans ce contexte, l'exécution provisoire connaissait donc, à l'époque, une première "formulation".

Il faut cependant être particulièrement vigilant face aux premières représentations parce qu'elles sont empiriques. Certes, les règles dégagées le sont à partir de la jurisprudence et de la législation. Mais quelques arrêts, lorsqu'il en existe plusieurs, suffisent parfois à avancer un principe, le plus souvent tiré ou fondé sur des particularités contentieuses. La remarque ne s'adresse pas uniquement aux prédécesseurs d'E. LAFERRIÈRE³¹⁸ et de M. HAURIOU. On trouve le même phénomène chez ces derniers, comme il a déjà été souligné chez M. HAURIOU en ce qui concerne l'exécution préalable³¹⁹.

191. Les expressions rencontrées. L'analyse des premières représentations³²⁰ doctrinales et jurisprudentielles liées au(x) privilège(s) indique, en premier lieu, que

³¹⁶ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 596.

³¹⁷ E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 290, note 2. L'auteur est en réalité un des premiers conceptualistes.

³¹⁸ Voy. à cet égard les remarques prudentes d'E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. VIII.

³¹⁹ Voy. sp. le n° 139.

³²⁰ En font partie les conclusions du ministère public, source intermédiaire, lorsqu'elles s'avèrent utiles. Il faut toutefois bien noter la différence de point de vue qui sépare parfois les sources doctrinales et jurisprudentielles. Les auteurs s'attachent à dégager des règles générales à partir des textes et de la jurisprudence,

l'expression "privilège du préalable" n'est pas utilisée comme telle à l'époque, pas plus que celles de "privilège de l'exécution préalable" ou "privilège de l'exécution d'office". Le constat explique pourquoi l'on évoque des représentations liées, et non consacrées, au(x) privilège(s), ou encore aux éléments de définition rassemblés par M. HAURIOU.

À défaut des expressions consacrées, des premières ébauches circulent néanmoins. Elles laissent apparaître un lien entre cette génération d'auteurs et M. HAURIOU. Le privilège est "en gestation", d'une certaine manière. Quant à M. HAURIOU, il l'a mis au monde.

En France, on a relevé en particulier les notions d' "exécution provisoire"³²¹ ou d'exécution par provision ("exécutoire par provision")³²². Mais aussi toute une série d'expressions très significatives, maintenant que l'on est au fait de la théorie de M. HAURIOU. L'acte administratif est exécutoire "sans visa ni mandement"³²³, les décisions "exécutoires par elles-mêmes"^{324 325}. Il y a lieu de "procéder d'office"³²⁶ dans les cas où les ordres ne seraient pas

voire de la simple pratique. Tandis que les juges tentent surtout de déterminer leur propre compétence à l'égard des actes administratifs et du mode d'exécution poursuivi.

321 D. SERRIGNY, *Questions et traités de droit administratif*, Paris, Durand, 1854, p. 601, n° 100 (y compris par rapport au contrôle de tutelle générale); VIVIEN, *Études administratives*, 3^e éd., Paris, Guillaumin, 1859, réimpression, T. I, Paris, Cujas, 1974, p. 78 ("provisoirement exécuté"); G. DUFOUT, *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e éd., T. 8, Paris, Garnier, 1870, p. 595 (le principe exposé en table générale renvoie aux applications par matière présentées comme des exemples); L. AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif faites à l'Ecole Impériale des Ponts et Chaussées*, T. I, 3^e éd., Paris, Dunod, 1885, n° 332, p. 608.

322 L.A. MACAREL, *Eléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, éd. augm., T. I, Bruxelles, Tarlier, 1837, p. 6, n° 15 (à propos de l'arrêt du préfet); du même auteur, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, T. III, 2^e éd., Paris, Thorel, 1848, table alphabétique et raisonnée, p. 467 (à propos de l'acte de l'autorité municipale en matière d'épizooties). Add. G. BAZILLE, *La juridiction administrative*, 1857 ("provisoirement exécutoires" à propos des décisions administratives contentieuses des ministres ou des conseils de préfecture), indisponible, cité par G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 667; R. DARESTE, *La justice administrative en France ou traité de contentieux administratif*, 2^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1898 (1862), p. 98 ("exécuter provisoirement sauf à la partie à réclamer"), cité par G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 668.

323 L.A. MACAREL, *op. cit.*, T. I, 1837, n° 49, p. 10 (à propos des arrêtés des conseils de préfecture); L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 283, p. 467 (force exécutoire au sens de l'exécution sans visa ni mandement des tribunaux).

324 A. BATBIE, A., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e éd., T. IV, Paris, Larose et Forcel, 1885, n° 16, p. 17; T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, T. I, 7^e éd., Paris, Fontemoing, 1897, n° 298, p. 343. Add. M. BLOCK, *op. cit.*, T. I, 5^e éd., 1905, "Acte administratif", p. 9, n° 5 (V. QUENTIN) et Exécution parée, exécutoire, n° 2, pp. 1366 et 1367 (les arrêts rendus par le Conseil d'État statuant au contentieux, les décisions des ministres, celles des préfets, celles des conseils de préfecture) (la 2^e éd. de 1877 est indisponible en raison de son mauvais état).

325 A. CHAUVEAU, *Code d'instruction administrative*, 1848, p. 554 (indisponible, cité par G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 667) : les actes administratifs unilatéraux sont en général "exécutoires par eux-mêmes et sans avoir à être revêtus d'aucun mandement", les décisions contentieuses des conseils de préfecture étant "exécutoires sans visa ni mandement des tribunaux judiciaires"; R. DARESTE, *op. cit.*, 2^e éd., 1898 (1862), p. 98 : "la puissance publique a la présomption pour elle. Elle n'a pas besoin de demander un titre authentique et exécutoire, elle donne elle-même, à ses propres actes, l'authenticité et la force d'exécution" (cité par G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 668).

326 de GÉRANDO, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1842, p. 31, n° 30 : "elle a un droit de réquisition vis-à-vis de l'autorité judiciaire, de la force publique et des simples citoyens"; la force est une des conditions nécessaires à l'accomplissement de ses missions, p. 33; L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 108, p. 202.

exécutés. L'exécution est aussi "opérée d'office"³²⁷. On parle également de "l'action directe" ou de "l'autorité directe sur les citoyens"³²⁸, sans oublier qu'il convient à l'administré d' "obéir d'abord"³²⁹.

En Belgique, les expressions ne sont pas aussi variées qu'en France. Les auteurs recourent surtout à la notion de l' "exécution parée" pour décrire l'exécution administrative³³⁰ et suggérer parfois un privilège à cet endroit³³¹. Sans préjudice toutefois de quelques autres expressions comparables à celles du droit français, que l'on peut également trouver dans l'exposé de matières particulières, surtout lorsque sont évoquées des législations françaises parfois encore applicables³³². À noter que l'expression "exécution parée" est plus forte que celle d' "exécution provisoire".

192. Des développements liés au caractère exécutoire de l'acte administratif. Il faut évidemment se garder de tirer des conclusions hâtives, uniquement à partir de ces expressions. Il ne sert pas à grand chose de sérier les auteurs selon qu'ils mentionnent ou non une expression se rapprochant du privilège de l'exécution préalable, d'abord, de ceux du préalable et de l'exécution d'office, ensuite. Il est par contre beaucoup plus utile de repérer les développements relatifs aux éléments qui serviront ultérieurement à définir le privilège de l'exécution préalable. À cet égard, la doctrine française est, cette fois, plus décevante que la doctrine belge.

327 L. AUCOC, *op. cit.*, T. III, 2^e éd., 1882, p. 150, n° 1088 (à propos d'un ordre du maire ou du préfet de démolir un édifice menaçant ruine).

328 L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, p. 139, n° 65, et n° 119, p. 212.

329 E.-V. FOUCAIT, *Eléments de droit public et administratif*, T. III, 4^e éd., Paris, Marescq et Dujardin, 1856, n° 251, p. 305 et T. II, 1855, n° 959, p. 476.

330 Dans l'ordre chronologique, selon les dernières éditions : C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 159 et pp. 161 à 165; J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 369 et 370; A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, pp. 244 à 246; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", p. 16, n° 3. Les *Pandectes b.*, quant à elles, assimilent la force exécutoire administrative au caractère obligatoire de l'acte (voy. *infra*, n° 206).

331 C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 159 (privilèges) et pp. 161 à 165 (exécution préalable). Un privilège est timidement suggéré parce que les auteurs mentionnent expressément, à propos de l'exécution en matière civile, que l'État, la province et la commune ont, en ce qui concerne leurs intérêts privés, les mêmes voies d'exécution que les particuliers entre eux, "mais ils jouissent en outre de certains privilèges pour le recouvrement des impôts et de leurs revenus" (pp. 159 et 161, *id.*). Or, suit précisément l'exécution parée, principalement administrative (pp. 161 à 165). Mais les privilèges en question pourraient viser les privilèges au sens civil du terme. Ils sont fréquents en matière de recouvrement des impôts.

332 Quelques exemples suffisent à l'établir. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. 6, 1843, "Démolition", p. 89 ("arrêtés exécutés sans visa ni mandement des tribunaux"; exécutoires) ou p. 97 ("agir d'office"); T. VII, 1846, "Exécution", pp. 164 et 165 : "force d'exécution parée"; J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. III, 1862, p. 79 : ordre d'expulsion "exécutoire par lui-même" dans le domaine du pouvoir exécutif, sans l'intervention de l'autorité judiciaire; A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, p. 244 : actes de l'exécutif "exécutoires par eux-mêmes"; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", n° 4, p. 16 : "faire combler ou enlever manu militari"; "ordonner par provision pour faire cesser le dommage"; "faire exécuter des travaux d'office". Etc. Add. l'exécution provisoire et instantanée *in av. gén.* DELEBECQUE, concl. conf. préc. Cass., 31 juillet 1845, *Pas.*, 1846, I, 165, ici 181 et 182, sous forte influence française.

De manière générale, on peut écrire que les développements espérés sont pratiquement inexistantes. Le cas échéant, ils sont loin d'être substantiels. En règle, cependant, ils se rapportent au phénomène de l'exécution administrative. L'exécution forcée est au cœur du sujet. Ce dont témoignent déjà les expressions recensées. Le principe est le caractère exécutoire de l'acte administratif.

193. En doctrine française. À différencier maintenant la doctrine française de la doctrine belge, on constate que la première ne consacre jamais réellement une rubrique ou un titre particulier à la question évoquée³³³. La mention de l'exécution administrative en index ou dans la table alphabétique des matières³³⁴, lorsqu'elle existe, est l'exception. Seul G. DUFOUR³³⁵ énonce l'exécution provisoire en table générale. Il en profite pour tirer, à cet endroit, une règle générale à partir de quelques exemples auxquels il renvoie, disséminés à travers son ouvrage divisé en matières administratives.

Quant à l'exécution évoquée en table par L.A. MACAREL³³⁶, elle concerne des actes précis, surtout juridictionnels, notamment des conseils de préfecture, de même que de tutelle. La table d'E.-V. FOUCAUT³³⁷, plus fouillée que les précédentes, indique bien l'exécution administrative à divers endroits, mais uniquement à l'intérieur d'autres rubriques. Au demeurant, les développements concernés ne reçoivent pas ce titre dans le texte. Ils se rapportent à l'indépendance de l'administration et à des principes généraux relatifs à l'interprétation et aux recours en matière administrative. Le détail n'est pas sans importance.

En réalité, les tables alphabétiques reflètent assez bien le plan et le contenu des ouvrages. Les expressions relevées, ou la simple mention du caractère exécutoire, se rapportent généralement à des actes administratifs déterminés qui sont eux-mêmes étudiés au fil des différentes autorités (les actes qu'ils posent)³³⁸ qui composent l'administration au sens large, ou alors selon les

³³³ Voy. cependant A. CHAUVÉAU, *Code d'instruction administrative*, 1848, p. 554 (indisponible, cité par G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 667), dont une section du titre IV de l'ouvrage serait intitulée "de la force exécutoire des décisions administratives".

³³⁴ Leur consultation est parfois précieuse. Elle peut révéler des constantes ou des changements d'un auteur à l'autre, voire même chez un même auteur, au fil des éditions d'un précis. Tel a été le cas chez M. HAURIOU. Voy. *supra*, n° 140 et 174.

³³⁵ G. DUFOUR, *op. cit.*, 3^e éd., T. 8, 1870, p. 595.

³³⁶ L.A. MACAREL, *op. cit.*, T. I, 1837, p. 320.

³³⁷ E.-V. FOUCAUT, *op. cit.*, 4^e éd., T. III, 1856, table alphabétique des matières, principalement Actes administratifs, exécution, Autorité judiciaire, exécution des actes de l'autorité administrative, Autorité administrative, exécution de ses actes.

³³⁸ de CORMENIN, *op. cit.*, 3^e éd., 1834, sous des termes précis comme les préfets ou les ministres dans les prolégomènes et en matière contentieuse (il s'agit de la juridiction des intéressés); E.-V. FOUCAUT, *op. cit.*, 4^e éd., T. III, 1856, table alphabétique des matières, Arrêts des préfets, des maires, des ministres (sanction), également Conseil de préfecture, exécution des arrêtés, etc.; A. BATBIE, A., *op. cit.*, 2^e éd., T. IV, 1885, n° 16, p. 17 (délibérations du conseil municipal); L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, p. 139, n° 65 (ministres), n° 108, p. 202 (préfet), et n° 119, p. 212 (agents directs); T. DUCROCQ, *op. cit.*, T. I, 7^e éd., 1897, n° 298, p. 343 (délibération du conseil municipal).

diverses matières administratives exposées³³⁹, en particulier celles liées aux différentes polices administratives. En règle, les notions ne sont jamais étudiées pour elles-mêmes.

Il faut rappeler, à cet égard, que les ouvrages généraux, à l'époque, constituent le plus souvent de véritables dictionnaires de matières, c'est-à-dire des sortes de compilations indigestes de réglementations assorties de jurisprudence (lorsqu'elle est devenue disponible) et classées par matières ou par administration³⁴⁰. Parfois, des considérations figurent dans une partie plus générale³⁴¹, lorsqu'elle existe, précisément destinée à dégager des règles ou des notions plus générales, mais elles sont souvent hasardeuses. Il est déjà difficile, compte tenu des nombreux changements de régime survenus durant ce siècle, de déterminer avec précision les textes et les principes en vigueur dans une matière déterminée. Comment alors dégager des règles générales qui supposent un minimum de recul pour leur validité ?

Bref, le droit administratif est "en formation" à l'époque. Sa résistance à la codification s'étend à la théorie, réduite aux matières ou à l'organisation³⁴². Les remarques sont souvent ponctuelles et les vues d'ensemble extrêmement réduites. Aussi n'est-il généralement pas fait état des auteurs qui précèdent E. LAFERRIÈRE et M. HAURIOU dans les développements ultérieurs consacrés au(x) privilège(s) ou à d'autres sujets, comme si tout avait commencé avec ces derniers.

Néanmoins, les expressions relevées permettent d'affirmer qu'une règle se dessine en droit administratif français et qu'elle préfigure le noyau dur autour duquel M. HAURIOU commencera à construire sa théorie.

G. DUFOUR et L. AUCOC, en particulier, sont sans appel à cet égard. Pour le premier, l'exécution provisoire "est de droit pour toutes les décisions administratives"³⁴³. Les exemples qu'il donne témoignent directement d'une exécution forcée au moins potentielle. Pour le second³⁴⁴, l'exécution provisoire peut être forcée si l'exécution volontaire fait défaut, en ce qui concerne du moins les actes d'autorité comme les actes de gestion faits dans l'intérêt du public.

³³⁹ D. SERRIGNY, *op. cit.*, 1854, p. 601, n° 100 (les règlements municipaux étudiés comme matière); E.-V. FOUCAUT, *op. cit.*, 4^e éd., T. III, 1856, table alphabétique des matières, Contributions, Mise à exécution des rôles, etc.; G. DUFOUR, *op. cit.*, 3^e éd., T. 8, 1870, p. 595 (des exemples dans plusieurs matières); L. AUCOC, *op. cit.*, T. III, 2^e éd., 1882, p. 150, n° 1088 (en matière de voirie).

³⁴⁰ Les mots de G. JÈZE sont explicites à cet égard. "Sans exagération aucune, c'était, pour la partie juridique proprement dite, le chaos, un amas plus ou moins confus de solutions incohérentes, arbitraires, de pratiques empiriques, souvent injustifiables et injustifiées. (...) un recueil indigeste, un fatras vide d'idées et de faits". Le droit administratif est alors "une branche du droit, obscure, dont la connaissance suppose plus de mémoire que d'intelligence, sur laquelle on ne peut écrire qu'à coup de textes" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1925, préface de la deuxième édition reproduite, p. XII). Avec ce détail croustillant en note 1 : l'exclusion du droit administratif des compositions écrites dans les examens de licence en 1913 à la Faculté de droit de Paris, "par le motif qu'il est impossible de faire une dissertation sur cette matière sans un recueil de textes !"

³⁴¹ L.A. MACAREL, *op. cit.*, T. I, 1837, p. 6, n° 15 et n° 49, p. 10 (la compétence en matière administrative); de GÉRANDO, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1842, p. 31, n° 30 (prolégomènes); L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 283, p. 467 (notions générales sur la juridiction administrative).

³⁴² La difficulté est toujours actuelle.

³⁴³ G. DUFOUR, *op. cit.*, 3^e éd., T. 8, 1870, p. 595, table générale, idr.

³⁴⁴ L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 332, pp. 607 et 608.

À l'époque, on peut se demander s'il était seulement imaginable que l'acte administratif ne soit pas exécutoire.

194. En doctrine belge. En Belgique, les rares auteurs à avoir pris la plume ont été un peu plus systématiques qu'en doctrine française. En conséquence, leur enseignement est parfois mentionné par les auteurs ultérieurs au sujet des privilèges, alors qu'en France la représentation empirique est clairement ignorée par la doctrine plus conceptuelle. Dès cette époque, pourtant, les développements concernés sont fortement imprégnés par le droit français. Les auteurs belges ne vont donc pas plus loin que les auteurs français. Mais les réflexions qu'ils proposent présentent l'avantage d'être regroupées.

L'exécution forcée est également au cœur du sujet chez les auteurs belges, puisqu'ils traitent de l'exécution administrative autour de l'exécution parée³⁴⁵.

Le répertoire de C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS³⁴⁶, en particulier, ne comporte pas, sous le terme "Exécution", une rubrique spécifique consacrée à l'exécution administrative, à l'instar de l'exécution en matière civile, de l'exécution en matière pénale et, finalement, de l'exécution parée. En revanche, une grande partie de l'exécution parée est consacrée aux actes administratifs³⁴⁷, du moins à ceux qui "peuvent être mis à exécution sur les personnes et les biens s'il y a lieu, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, ni d'autre titre"³⁴⁸.

A. GIRON procède de manière inverse dans son dictionnaire de droit administratif et de droit public. L'exécution parée est abordée sous les termes "Exécution des actes de l'autorité publique"³⁴⁹. Dans son précis sur le droit administratif de la Belgique, l'auteur étudie la même question sous le titre plus précis de l' "Exécution des actes administratifs"³⁵⁰, en maintenant néanmoins la comparaison avec les autres autorités publiques. Les développements concernés ont été utilisés dans le dictionnaire.

J.-H.-N. DE FOOZ, quant à lui, ne consacre pas un titre à l'exécution administrative, mais la teneur de ses propos est évocatrice. Il traite en effet de la *force d'exécution* des actes de certains fonctionnaires ou collèges administratifs et du recours à l'assistance de la force publique dans certaines circonstances, au moment d'aborder les prérogatives de l'administration à l'égard des particuliers³⁵¹.

³⁴⁵ Tel est également le cas en France (un peu plus tard) de M. BLOCK qui permet d'étendre le propos au droit français. L'auteur souligne au demeurant que l'expression "force exécutoire" est plus usitée en droit administratif (français) que celle d' "exécution parée" (*op. cit.*, T. I, 5^e éd., 1905, "Exécution parée", exécutoire, p. 1366, n° 1).

³⁴⁶ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 158 à 165.

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 162 et 163.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 163.

³⁴⁹ A. GIRON, *op. cit.*, T. II, 1895, pp. 15 à 22, n° 1 à 15.

³⁵⁰ A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 213 à 217, pp. 237 à 249.

³⁵¹ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, titre VI, § II, pp. 356 et s., surtout pp. 369 à 383.

195. Premières confusions. Si l'exécution forcée paraît la règle, il ne faut pas exagérer la précision de celle-ci. À plusieurs endroits, il a pu être constaté que les propos tenus dépassent régulièrement, tant en France qu'en Belgique, la disposition de la force publique. Et d'autres éléments de définition que le recours à la force gravitent déjà autour de l'exécution, pour se confondre avec elle, malgré qu'elles relèvent des autres forces de l'acte juridique. Certaines expressions indiquent une certaine difficulté à distinguer l'exécution de la décision (procéder d'office, action directe)³⁵². Plusieurs passages attestent surtout de l'amalgame réalisé, bien avant M. HAURIOU, entre les forces probante et exécutoire³⁵³.

Les exemples de la dernière confusion sont à la fois nombreux et disparates, surtout en droit français. E.-V. FOUCAUT écrit, à propos du rôle des contributions, que, comme il "est un acte exécutoire, et que la présomption est pour sa légalité, les contribuables ne pourraient se dispenser de payer préalablement"³⁵⁴. Pour L. AUCOC, qui mêle également forces exécutoire et probante, l'acte de gestion fait dans l'intérêt public est analogue à celui d'un particulier envers son débiteur, particulier comme lui. "Seulement l'autorité publique est toujours censée avoir provisoirement raison. Ses actes de gestion, comme ses actes de commandement, sont exécutoires avant qu'il y ait eu décision de justice. (...) celui qui est armé d'un acte authentique est en quelque sorte présumé avoir raison; c'est à l'adversaire à prouver qu'il a tort"³⁵⁵. La confusion atteint son paroxysme chez L.A. MACAREL selon lequel la signature du maire, des sous-préfets, des ministres et autres fonctionnaires publics délégués (agents directs de l'administration publique) "suffit pour donner à des actes, même de la plus haute importance, le caractère d'authenticité qui les revêt de la force exécutoire"³⁵⁶.

Pour être complet, il faut encore signaler la pertinence des propos d'HENRION de PANSEY lorsqu'il évoque une présomption de légalité dans le chef de l'administration à l'occasion de mesures d'exécution. L'auteur met en évidence le lien qui existe entre, d'une part, cette

³⁵² On a aussi relevé un extrait significatif chez D. SERRIGNY : "Les arrêtés temporaires deviennent exécutoires aussitôt après leur publication; il n'y a pas même de délai de rigueur entre la publication et l'effet obligatoire (...) parce qu'il est possible que l'exécution en soit urgente" (*op. cit.*, 1854, p. 565, n° 43, idr). En réalité, la distinction apparaîtra progressivement avec la génération de M. HAURIOU.

³⁵³ Voy. not. l'extrait tiré de R. DARESTE, *cit. supra*, note 324.

³⁵⁴ E.-V. FOUCAUT, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1855, § 959, p. 476, idr. Dans la même veine, liée cette fois à la sanction pénale attachée à la résistance, c'est-à-dire au fait de braver la présomption : "la présomption est en faveur de l'autorité; les particuliers sont tenus d'obéir sous peine de rébellion, sauf à réclamer plus tard" (*op. cit.*, 4^e éd., T. III, 1856, § 251, p. 305).

³⁵⁵ L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 332, p. 608. À noter le rapprochement au droit commun qu'effectue déjà l'auteur et qu'il continue dans ces termes : "Du reste, cette exécution provisoire est admise même dans les relations de particulier à particulier. Quand un particulier a passé un contrat devant notaire, il peut, armé de son contrat, faire procéder à l'exécution forcée au moyen d'une saisie, si son débiteur n'exerce pas volontairement, sauf au débiteur à porter la question devant le tribunal" (*ibidem*).

³⁵⁶ L.A. MACAREL, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1848, p. 245. De manière comparable, voy. L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 221, p. 383 et n° 332, p. 608. Pourtant, l'auteur insiste, au moment d'aborder certaines notions de droit privé nécessaires aux agents de l'administration des ponts et chaussées, sur le fait qu' "il ne faut pas confondre l'authenticité avec la force exécutoire. Généralement la force exécutoire s'ajoute à l'authenticité, c'est-à-dire que celui qui est armé de l'acte authentique peut, sans avoir besoin de recourir à la justice, procéder à l'exécution forcée de son acte, poursuivre et faire saisir son débiteur. C'est le cas des actes émanés du notaire et du préfet. Mais il y a des actes authentiques qui n'emportent pas par eux-mêmes force exécutoire, comme les actes des maires". Sont visés les actes de gestion faits dans l'intérêt privé de l'autorité (L. AUCOC, *op. cit.*, T. II, 3^e éd., 1886, n° 530, p. 184).

présomption et, d'autre part, la séparation des fonctions administrative (dont l'exécution provisoire) et judiciaire, qui trouve notamment son prolongement dans l'existence d'un ordre juridictionnel administratif. Pour l'auteur, en effet, le citoyen considérant une action administrative comme illégale ne peut pas adresser sa réclamation aux tribunaux. Il doit s'adresser à l'autorité royale ou à ses ministres par cela seul que l'action administrative existe. Elle suscite nécessairement un contentieux administratif. L'auteur y voit une présomption : "La présomption est toujours en faveur de l'autorité royale; et l'ordonnance doit être réputée légale par cela seul qu'elle existe"³⁵⁷. Elle n'est réfragable que devant le corps législatif auquel il convient d'adresser les éventuelles plaintes. Tel serait le prix de l'indépendance de l'administration.

Le droit belge n'est pas non plus exempt d'une tendance à assimiler la force exécutoire à l'authenticité de l'acte. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS évoquent par exemple le cas des actes passés devant les autorités communales ou les ministres qui, sans l'intervention d'un notaire, "n'ont aucunement le caractère d'acte authentique, et ne peuvent par conséquent avoir l'exécution parée"³⁵⁸. A. GIRON aborde longuement l'authenticité administrative sous le titre de l'exécution des actes administratifs³⁵⁹ et affirme que "la puissance publique a la présomption pour elle; elle n'a pas besoin de demander un titre authentique et exécutoire, elle donne elle-même à ses propres actes l'authenticité et la force d'exécution"³⁶⁰.

À vrai dire, l'immunité de juridiction semble favoriser les confusions à l'époque en droit belge. D'une part, en effet, ni la décision ni l'exécution ne peuvent être attaquées devant le juge, ce qui n'incite pas à les distinguer, à défaut d'un intérêt à le faire, comme en droit français par exemple. D'autre part, le risque existe de voir l'immunité justifiée en doctrine par un principe extérieur comme la présomption de légalité. Le principe est artificiel, puisqu'il procède d'une situation de fait³⁶¹. Mais il serait d'autant plus efficace en droit belge que la présomption y serait irréfragable, et donc incontestable, si ce n'est au terme d'une interpellation parlementaire à

³⁵⁷ HENRION de PANSEY, *op. cit.*, 1830, p. 201.

³⁵⁸ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 164.

³⁵⁹ A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, n° 213 et 213bis, pp. 237 à 243, *id.*

³⁶⁰ A. GIRON, *op. cit.*, T. II, 1895, n° 5, p. 17, *id.* Mais aussi n° 6, p. 17, où l'auteur soutient que lorsque l'État fait des contrats, ils revêtent un caractère public et authentique et empruntent leur force exécutoire aux autorités dont ils émanent. L'authenticité du titre et son caractère exécutoire par lui-même sont intimement mêlés.

³⁶¹ La présomption de vérité légale est donc une illusion qui procède directement de l'ancienne conception de la séparation des pouvoirs. Une espèce éclairante mérite d'être citée à cet égard : Cass., 11 décembre 1905, *Pas.*, 1906, I, 57. Dans cet arrêt, la Cour déclare que c'est à bon droit, en l'espèce, que le juge s'est abstenu d'ordonner la démolition d'une construction autorisée par l'administration en dernier ressort, mais dont réformation par la suite. La Cour s'exprime en ces termes : la solution adoptée par le juge "était commandée par le principe constitutionnel de la séparation et de l'indépendance des pouvoirs; (...) ce que chacun d'eux fait, dans les formes légales et dans la sphère de ses attributions, est présumé la vérité, est réputé conforme au droit et ne peut avoir sous ce rapport à subir le contrôle des autres; (...) le pouvoir d'administration comprend le droit de statuer au contentieux sur les oppositions que rencontre l'action administrative; (...) lorsque les décisions du pouvoir exécutif sont prises en matière purement administrative, dans l'intérêt collectif de la société, sans toucher aux droits civils ou politiques de celui qui en poursuit l'exécution ou qui les conteste, le recours à l'autorité judiciaire doit rester inefficace sous peine de conférer au juge, non plus le droit de juger, mais celui de gouverner et de créer d'inextricables conflits" (58, *id.*).

laquelle il serait donné suite. La présomption serait, autrement dit, particulière, différente et plus forte que celle des autres actes juridiques.

196. L'absence de comparaison avec le droit commun. Il reste à signaler, pour respecter la symétrie des enseignements déjà tirés à propos de M. HAURIOU, l'absence d'une réelle volonté, à l'époque, de procéder à une comparaison avec le droit commun pour identifier un privilège dans le chef de l'administration. La notion même de privilège n'apparaît d'ailleurs pas comme telle. Seules des allusions sont parfois faites à la différence qu'il y a par rapport au droit privé, comme l'indique notamment la réflexion de L. AUCOC relatée ci-dessus.

En particulier, de manière souvent implicite, la mention est déjà répandue concernant le caractère exécutoire de l'acte sans que l'intervention du pouvoir judiciaire soit nécessaire. Le souci n'est toutefois pas la comparaison. L'angle d'approche est plutôt la séparation des fonctions et la détermination des compétences respectives³⁶². Selon cette approche, l'acte administratif relève d'un contentieux autre que judiciaire. L'autorité administrative n'a donc pas besoin du pouvoir judiciaire pour agir par la force. Sauf en ce qui concerne toutefois ses actes privés. On comprend dès lors, de ce seul point de vue, la pertinence de la simple référence à l'intervention judiciaire pour distinguer les actes publics des actes privés³⁶³. Y compris en droit belge, l'assertion n'est pas erronée. Même si le contrôle de l'acte administratif y est presque totalement absent.

À noter cependant que le critère mis en avant à l'époque, surtout en droit belge, pour différencier l'acte administratif des autres actes posés par les autorités publiques, en ce compris l'acte notarié, est plutôt l'absence de formule exécutoire³⁶⁴, en ce qui le concerne seulement.

³⁶² Ainsi, pour J.-H.-N. DE FOOZ, par exemple, l'ordre d'expulsion est "exécutoire par lui-même, c'est-à-dire qu'il est dans le domaine du pouvoir exécutif, et qu'il ne nécessite pas l'intervention de l'autorité judiciaire" (*op. cit.*, T. III, 1862, p. 79). La référence au domaine du pouvoir exécutif indique clairement le souci de la séparation. A. GIRON, de son côté, fait état du défaut d'intervention des tribunaux, mais à propos seulement des actes d'administration contentieuse desquels il dissocie les arrêts de la Cour des comptes parce qu'elle émane du Parlement et, à ce titre, ses arrêts doivent être revêtus du mandement royal (*op. cit.*, T. II, 1895, n° 5, p. 17). Son critère est plutôt celui de l'absence de formule exécutoire, à la différence du jugement et de l'acte notarié. Quant aux *Pandectes b.*, elles distinguent l'exécution directe ou immédiate de la loi de son exécution indirecte ou médiate. La première est celle qui s'opère par l'obéissance commune ou sous l'impulsion de l'autorité, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir le pouvoir judiciaire. La seconde toutes les fois que celui-ci intervient (T. 78, 1904, "Pouvoir exécutif", n° 14, col. 586).

³⁶³ J.-H.-N. DE FOOZ écrit de la sorte, en regard de l'exécution parée emportée par les actes qui émanent du pouvoir exécutif, que les contrats sont au contraire des actes privés qui ne sont exécutoires "que pour autant qu'ils aient été reçus par notaire, ou bien qu'ils aient servi de base à une décision judiciaire" (*op. cit.*, T. I, 1859, p. 369). Voy. aussi C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 159 et 161 : l'administration n'a pas besoin d'autre formalité ni d'autre titre, sauf en ce qui concerne ses intérêts privés.

³⁶⁴ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 161 et 162 : "l'exécution qui peut se faire en vertu d'un acte tel qu'il est, et sans avoir besoin d'autre formalité ni d'autre titre"; toutefois, les seuls actes n'ayant pas besoin de la formule exécutoire sont les actes administratifs emportant exécution parée; A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, n° 215, p. 244, et du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, p. 16, n° 3 : seuls les actes qui émanent directement du pouvoir exécutif sont "exécutoires par eux-mêmes, indépendamment de toute formule". J.-H.-N. DE FOOZ dénote par rapport aux précédents auteurs sur ce point. Il ne fait pas référence à l'absence de formule exécutoire, mais il considère tout de même que l'exécution parée (dont jouit l'acte administratif) est "celle dont un acte est susceptible par lui-même, en vertu de lui-même", "sans avoir besoin du *pareatis* qu'on obtient en recourant au juge" (*op. cit.*, T. I, 1859, p. 370, note 1).

L'explication donnée est qu'il émane et est l'œuvre du pouvoir exécutif lui-même³⁶⁵. La formule ne lui serait donc pas nécessaire. Le critère renforce évidemment le sentiment déjà procuré que le recours à la force est le propre de l'autorité administrative. L'idée que le Code de procédure civile trouverait à s'appliquer aux actes publics (et en principe l'exigence de la formule) n'effleure pas l'esprit des auteurs ou des juges. La comparaison entre pouvoirs, surtout présente chez A. GIRON, procède clairement d'une approche plus constitutionnelle qu'administrative du phénomène administratif, comme on le soulignait déjà dans le premier chapitre³⁶⁶.

C. La théorie du ministre-juge

197. Présentation. On aurait pu en rester là et passer à la formulation conceptuelle des privilèges si l'absence de contrôle de l'administration en droit belge était apparue suffisante pour expliquer le caractère exécutoire de l'acte administratif. Tel n'est cependant pas le cas. Car si l'absence de contrôle permet les abus, il n'autorise pas comme tel l'exécution forcée. L'explication devait donc être cherchée ailleurs. Elle a été trouvée dans une théorie en vigueur au dix-neuvième siècle en droit administratif. Il est difficile de se représenter aujourd'hui l'importance de cette théorie oubliée parce qu'elle a disparu avec son siècle. Elle a pourtant éludé la question de l'exécution administrative durant toute la période empirique, en France comme en Belgique. Elle est directement liée à la séparation des fonctions administrative et judiciaire. Il s'agit de la théorie³⁶⁷ du ministre-juge ou, plus généralement, de l'administrateur-juge.

Son influence a été considérable et profonde sur l'ensemble du droit administratif, jusqu'à E. LAFERRIÈRE³⁶⁸ et l'arrêt "Cadot" (1889)³⁶⁹. On peut même écrire qu'elle "a encombré le

³⁶⁵ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 163 : "parce qu'ils émanent du pouvoir exécutif lui-même, ou des autorités qui exercent ce pouvoir par délégation". A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, n° 215, p. 245, et du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, n° 5, p. 17 : parce qu'ils sont "l'œuvre du pouvoir exécutif lui-même" ("la formule n'ajouterait rien à leur autorité").

³⁶⁶ Voy. *supra*, n° 14.

³⁶⁷ À noter le paradoxe d'une théorie déterminant la représentation empirique du phénomène exécutoire en droit administratif à l'époque. L'appellation n'est pas galvaudée, mais elle concerne une théorie relevant plus de la science politique que du droit, même si ses conséquences en droit ont été décisives.

³⁶⁸ T. FORTSAKIS la mentionne comme telle (*op. cit.*, 1987, pp. 98 et 99). Et l'arrêt "Cadot" est présenté comme l'œuvre d'E. LAFERRIÈRE, "parti en guerre" contre la théorie du ministre-juge (R. DRAGO, "Edouard Laferrière et le traité de la juridiction administrative", introduction à la réédition du *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'E. LAFERRIÈRE, 2 T., Paris, Berger-Levrault, 1887, rééd. chez L.G.D.J. en 1989, p. VIII). Sur la théorie, voy. pp. 399 et s. La règle de la liaison de l'instance par la décision préalable y trouve en quelque sorte son origine. La théorie du ministre-juge - relativement nébuleuse dans ses applications et qui a fortement évolué avec son temps - consiste à distinguer deux sortes d'actes administratifs selon qu'ils se heurtent ou non à un droit subjectif. Les premiers sont des décisions de premier degré susceptibles de recours devant le Conseil d'État. Les seconds, au contraire, donnent seulement lieu au recours gracieux ou hiérarchique. En vertu de la théorie, l'intéressé devait donc commencer par former une réclamation hiérarchique avant de former un éventuel recours contentieux contre la décision rejetant sa réclamation. Le Conseil d'État a détruit ces habitudes par le développement de sa jurisprudence. Il a posé le principe que le recours hiérarchique n'est pas le préalable obligé du recours contentieux. Il a été jusqu'à considérer que la décision confirmative adoptée par la même autorité sur réclamation ne fait pas courir un nouveau délai de recours. La règle de la liaison

droit administratif³⁷⁰ durant de nombreuses années, qu'elle a "troublé toute théorie raisonnée"³⁷¹ par sa contrariété à la réalité des choses. Elle repose en effet sur une regrettable confusion qui a empêché le droit administratif d'évoluer sur plusieurs questions fondamentales, dont celle de l'exécution administrative.

Selon cette théorie, le ministre est juge de droit commun des réclamations formulées par les administrés et l'acte administratif qui en résulte est assimilé à un jugement. Or, un jugement est par définition exécutoire, au besoin par la force³⁷². L'acte administratif l'est donc aussi, de même d'ailleurs qu'il est authentique. À l'époque, c'est censé être une évidence.

À noter cependant que, de l'avis d'E. LAFERRIÈRE³⁷³, la force exécutoire est peut-être l'argument qui a conquis le plus d'adhérents à la doctrine du ministre-juge. Il s'agirait donc d'une théorie justificative.

198. Une théorie propre à l'époque. Avec le recul, la théorie cadre particulièrement bien avec l'histoire du droit administratif français. Faut-il rappeler que l'administration était judiciaire au Moyen-Âge ? Et qu'au dix-neuvième siècle, avant que le Conseil d'État de France ne s'impose, l'acte administratif n'était plus soumis au contrôle du pouvoir judiciaire depuis longtemps !

La justice administrative n'a vu le jour que progressivement et sous la tutelle du pouvoir administratif, dans un premier temps. Ainsi, "Depuis le commencement du XIX^e siècle jusque vers 1860, on a cru pratiquement, dans le monde administratif, que les décisions exécutoires prises par les administrateurs sur des réclamations, surtout celles prises par les ministres, constituaient des jugements de première instance. Cette opinion reposait sur une équivoque, en ce sens qu'elle fondait le jugement psychologique d'ordre intérieur que comporte toute décision avec le jugement juridictionnel d'ordre extérieur que comportent les instances. Mais cette opinion présentait des avantages pratiques : (...) elle fournissait une explication de l'effet

de l'instance par la décision préalable est apparue. Elle présume que toute décision exécutoire prise par l'autorité administrative compétente, sur une question contentieuse ou susceptible de le devenir (et donc qu'il y ait eu réclamation ou non), contient d'avance l'acceptation de l'instance qui pourra être engagée sous forme de recours contentieux contre cette décision.

³⁶⁹ L'arrêt met définitivement fin à la conception (R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 69). Il renverse l'ancienne jurisprudence d'après laquelle le ministre était juge de droit commun en matière administrative. Il affirme en même temps que le juge de droit commun est le Conseil d'État (G. JÈZE, *op. cit.* 3^e éd., T. I, 1925, p. 36). Cela même si, depuis 1872, le Conseil d'État est investi de la justice déléguée et le Tribunal des conflits en activité.

³⁷⁰ M. HAURIU, *op. cit.*, 3^e éd., 1897, p. 282.

³⁷¹ Pour E. LAFERRIÈRE, il s'agit d'une "formule purement métaphorique, contraire à la réalité des choses, et qui trouble toute théorie raisonnée de la juridiction administrative" (*op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 405).

³⁷² D'où la formule indéterminée "exécutoire", également utilisée pour les jugements. À noter qu'un jugement non plus ne donne pas toujours lieu à exécution forcée, même s'il est exécutoire. Tout dépend en pratique des obligations qu'il contient et de l'évolution de la situation entre les parties.

³⁷³ E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 405.

exécutoire des décisions administratives, il était entendu qu'elles s'exécutaient "comme des jugements"³⁷⁴.

La théorie du ministre-juge explique sans doute pourquoi les auteurs se sont tournés vers d'autres caractéristiques de la décision de justice (ses forces probante et obligatoire) pour donner un contenu vraisemblable au privilège une fois le principe de l'exécution forcée limité à sa juste portée.

La théorie est surtout le prolongement direct de la conception française de la séparation des pouvoirs, de la séparation des fonctions judiciaire et administrative en particulier. L'indépendance acquise du pouvoir administratif par rapport au pouvoir judiciaire justifiait en quelque sorte deux ordres distincts, organisés chacun d'une manière comparable au point de vue contentieux, et nantis de pouvoirs comparables. Or, une véritable justice administrative a mis du temps à être organisée et, ensuite seulement, à imposer un contrôle efficace. Au lendemain de 1789, comme il y avait peu de tribunaux administratifs, mais que l'on avait décidé d'écarter le contrôle juridictionnel des agents, les recours ont dû être portés devant les administrateurs eux-mêmes³⁷⁵. D'où l'importance de la théorie étudiée durant une bonne partie du dix-neuvième siècle.

199. Une théorie philosophique. La théorie trouve un fondement directement dans l'œuvre de MONTESQUIEU. Celui-ci distingue en effet trois sortes de pouvoirs dans chaque État. Mais deux d'entre eux sont affublés d'un même nom générique. À côté de la puissance législative figurent en effet deux "puissances exécutrices", l'une "du droit des gens" (la sûreté), l'autre "de celles qui dépendent du droit civil" (la punition des crimes et le jugement des différends des particuliers)³⁷⁶. Il en a résulté que, durant toute une époque, la distinction - mais non la séparation - entre les fonctions judiciaires et administratives n'a pas été évidente, ou a même été niée³⁷⁷. On ne voulait distinguer que deux fonctions, celle de création et celle d'exécution du droit. Et en ce qui concerne l'exécution du droit, le partage de compétences reposait sur la nature de l'acte ou de l'autorité, selon qu'elle était privée ou publique. La seule

³⁷⁴ M. HAURIU, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, pp. 405 et 406; 11^e éd., 1927, p. 367, note 2. De la sorte, l'auteur explique en quelque sorte pourquoi il a dû rechercher le fondement du privilège autre part que dans cette conception. Plusieurs propos témoignent en filigrane de cette volonté d'expliquer différemment des principes demeurés inchangés. Ainsi, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, p. 413, note 1, idr : "la force exécutoire des opérations administratives reste entière, les recours contentieux n'arrêtent rien parce qu'ils ne sont pas suspensifs de l'exécution". Rem. dans le sens contraire, à savoir l'apparition furtive d'une "qualité nouvelle" durant la seconde partie du dix-neuvième siècle, et donc la présence du "privilège de l'unilatéralité" auquel il vient s'ajouter : G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 669.

³⁷⁵ A. LACOSTE, *De l'exécution forcée par voie administrative. Relativement à l'application de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris, Bonvalot - Jouve, 1907, p. 77. BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, 1862, p. 607, adr : "à cette époque, les actes d'autorité, illégaux ou irréguliers, intervenus dans l'exécution des lois, ne pouvaient(-ils) être annulés ou réformés que par l'autorité supérieure hiérarchique, en remontant jusqu'au chef de l'État et au Conseil des ministres, au-delà duquel était uniquement le pouvoir législatif".

³⁷⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, L. XI, chap. VI (T. I, Paris, Flammarion, 1979, p. 294).

³⁷⁷ F.-P. BÉNOIT souligne à cet égard que, même si ce ne sont que "des visions artificielles sans valeur scientifique", ce n'est que par un lent mouvement philosophique que l'action de juger et celle d'administrer ont été distinguées l'une de l'autre (*op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 510, n° 871).

exception unanimement acceptée à ce principe concernait l'application des peines. La compétence des autorités judiciaires était exclusive à leur égard.

On comprend mieux de la sorte la jurisprudence d'origine française, également en vigueur en droit belge durant la période considérée, selon laquelle le judiciaire ne contrôle la légalité des actes administratifs que lorsque son concours est demandé pour leur application, et en particulier des peines³⁷⁸. Il y va du respect d'une sorte de partage de compétences plutôt que d'un privilège en formation. Dans le même esprit, il est interdit au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans l'exécution administrative qui, par voie de conséquence, suppose une libre disposition de la force publique, sauf à répondre politiquement des abus devant le parlement³⁷⁹.

200. Une théorie en vigueur en droit belge. Également importée de France, la théorie a sévi en droit administratif belge malgré, une nouvelle fois, l'absurdité de sa transposition.

En effet, ladite théorie trouvait à l'époque un fondement concret en France, notamment à travers l'existence du Conseil d'État qui jouait le rôle de juridiction d'appel par rapport à un premier "jugement". En Belgique, par contre, une juridiction comparable faisait défaut en 1830, et la Couronne était quasi exonérée du greffe, au moins jusqu'en 1920. La théorie n'y trouvait donc pas la même raison d'être.

Néanmoins, elle était utilisée en droit belge pour justifier l'exécution parée de l'acte administratif, et ce jusque dans la jurisprudence.

201. En jurisprudence. On peut par exemple lire dans les conclusions conformes précédant un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 26 avril 1834, déjà cité en droit des étrangers, que "*Permettre au pouvoir judiciaire d'annuler les actes de cette nature (actes politiques ou posés dans l'intérêt de l'État) ou de surseoir à leur exécution, ce serait lui permettre de défaire en seconde instance ce que le gouvernement a fait en première; ce serait lui attribuer le droit non de juger, mais de gouverner; ce serait, en un mot, déplacer les pouvoirs, et donner ouverture aux conflits les plus dangereux*"³⁸⁰. À noter toutefois que la Cour n'utilise pas des termes comparables. De même, contrairement au ministère public, la Cour ne fait pas (encore) état, dans son arrêt, de la dualité des actes selon qu'ils se rapportent à l'intérêt général ou aux intérêts privés de l'État.

³⁷⁸ En Belgique, voy. *supra*, n° 184. En France, voy. à l'époque D. SERRIGNY, *op. cit.*, 1854, p. 591, n° 80; L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 288, p. 484. La jurisprudence est abondante et constante, comme l'indique E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 433 et note 1.

³⁷⁹ Ainsi le pouvoir judiciaire "confie-t-il à une chimère le sort du justiciable" : C. CAMBIER, in *Écrits de Cyr Cambier*, *op. cit.*, 1984, p. 48.

³⁸⁰ Concl. av. gén. FERNELMONT préc. Bruxelles, 26 avril 1834, *Pas.*, 1834, II, 102, ici 103, idr (arrêt "Cramer") (avec le risque d'"anarchie", 108).

Tel sera par contre le cas quelques années plus tard, avec le résultat que l'on connaît. On se rappelle en effet de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 1840³⁸¹ précédé des conclusions de M. l'av. gén. DE CUYPER. Ensemble, la Cour et le ministère public limitent volontairement le système constitutionnel en distinguant les lois, à l'instar du droit français, mais sans fondement en droit belge, selon qu'elles concernent l'intérêt collectif de la société ou que leur fin immédiate est l'intérêt individuel des citoyens. Seules les dernières sont considérées comme donnant naissance à des droits individuels, civils ou politiques³⁸². Selon la Cour, en effet, "comme le gouvernement peut faire tous les règlements qu'il juge convenables pour l'exécution des lois, il doit aussi, pour que cette indépendance soit complète, pouvoir statuer par lui-même sur les contestations auxquelles leur exécution peut donner lieu, lorsqu'il ne s'agit pas des matières qui sont expressément réservées aux autres pouvoirs; (...) les articles 92 et 93 de la Constitution, en déferant aux tribunaux la connaissance des contestations qui ont pour objet des droits civils ou politiques, ne peuvent donc avoir eu pour effet de leur attribuer un pouvoir qu'ils n'ont jamais eu de statuer sur toutes les contestations indistinctement qui naîtraient des lois d'intérêt général ou public, ou de l'exécution des actes de l'autorité administrative, mais uniquement de leur conférer la connaissance de toutes les contestations relatives aux droits privés des citoyens, qui dérivent des lois portées directement dans leur intérêt individuel, et qui sont des droits civils et politiques proprement dits" (idr).

La dualité du droit - en ce compris de l'exécution - et l'autonomie du droit administratif participent directement de cet enseignement, et donc de la théorie. Seule l'interprétation souveraine des lois d'intérêt purement privé est soustraite au pouvoir exécutif. L'administration juge elle-même les contestations portant sur ses propres actes, qu'il s'agisse de problèmes de validité, d'interprétation ou d'exécution³⁸³. Ce système commencera seulement à basculer en jurisprudence lorsque la responsabilité de l'administration exécutante pourra être mise en cause, d'abord *a posteriori*³⁸⁴.

202. En doctrine. En doctrine, C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS³⁸⁵ estiment que "le caractère de jugement" est le caractère requis pour que les arrêtés, ordonnances et contraintes émanés des autorités administratives qui exercent en Belgique des fonctions analogues à celles

³⁸¹ Cass., 25 juin 1840, *Pas.*, 1840, I, 333. Voy. aussi Cass., 30 avril 1842, *Pas.*, 1842, I, 182 et 29 mai 1845, *Pas.*, 1846, I, 32; J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, pp. 60 à 65.

³⁸² J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, p. 73.

³⁸³ À l'exception toutefois des modes d'exécution relevant directement du droit civil (les voies d'exécution judiciaires), ce qui n'est pas sans contradiction, comme il sera démontré au titre II.

³⁸⁴ Ce qu'avait pressenti, mais surtout défendait J. LEJEUNE dès 1857 : "Dépositaire de la force publique, le pouvoir exécutif peut en abuser, mais la constitution ouvre à tout citoyen dont le pouvoir exécutif viole les droits par l'abus de la force une action qui défère aux tribunaux le jugement de cet excès et en fait subir la responsabilité à ses auteurs" (*op. cit.*, 1857, p. 55). Parmi la jurisprudence ayant permis de se débarrasser d'une conception juridictionnelle de l'administration, il convient de rappeler l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1926, *Pas.*, 1927, I, 12, deux espèces et note T. (proc. gén. TERLINDEN, concl. conf.); *R.A.*, 1927, p. 197 et obs. Les arrêts concernent les vicissitudes de concessions. À cette occasion, la Cour rejette délibérément l'assimilation d'une décision individuelle à de l'administration contentieuse (juger n'est pas (plus) administrer) pour renverser la primauté invoquée de la séparation des pouvoirs sur l'article 107 (159) de la Constitution. La compétence des tribunaux ne va toutefois toujours pas au-delà du dédommagement. Ils n'ont pas le droit d'adresser des injonctions ou des défenses à l'administration.

³⁸⁵ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 163 et 164.

des conseils de préfecture, des préfets et autres administrateurs français, aient l'exécution parée. Ils doivent avoir ce caractère pour avoir "la force et les effets" du jugement. Car "dès lors qu'une autorité administrative, quelle qu'elle soit, fait l'office de juge en certaines matières, il n'y a aucune raison pour refuser à ses actes la vertu d'un jugement" (p. 164). Les actes qui émanent directement du pouvoir exécutif emportent néanmoins, quant à eux, l'exécution parée.

J.-H.-N. DE FOOZ³⁸⁶ n'est pas aussi formel. Mais au moment d'évoquer la force d'exécution des actes de certains fonctionnaires ou collèges administratifs, il assimile les actes qui émanent du pouvoir exécutif à ceux des députations permanentes ou de la Cour des comptes lorsqu'elles se "prononcent" dans des matières contentieuses.

Avec le temps, une distinction plus stricte s'impose en doctrine et en jurisprudence entre les actes d'administration exécutive et contentieuse, ainsi qu'économique. Elle transparait particulièrement chez A. GIRON³⁸⁷. Sans empêcher pour autant le caractère exécutoire par soi-même des actes qui émanent directement du pouvoir exécutif, au même titre qu'aux actes contentieux. Les premiers consistent, pour l'essentiel, dans les actes forcés expressément prévus par des dispositions légales.

En somme, l'assertion se vérifie une nouvelle fois selon laquelle la doctrine, au lieu de s'inspirer de la réalité belge, a suivi aveuglément la doctrine française au-delà des limites de la raison³⁸⁸. Car c'est en France que la question a été la plus débattue. Comme c'est en France que la théorie de l'acte-jugement a connu la plus large application, surtout au début du siècle. La théorie est directement inspirée du souci d'éviter que le pouvoir judiciaire ne s'immisce dans les affaires administratives. Elle est donc intimement liée à l'interdiction, dans son chef, de suspendre l'exécution d'un acte administratif.

203. Une théorie de droit français. S'il est un auteur réputé pour avoir influencé son temps et la postérité, c'est bien HENRION de PANSEY dont l'ouvrage³⁸⁹, consacré à l'autorité judiciaire en France, livre sans aucun doute les premiers développements du droit administratif après la révolution française. On peut y lire en germes, à propos de l'exécution administrative, l'essentiel de ce que l'on trouve dans les précis consacrés au droit administratif durant le dix-neuvième siècle, jusqu'à E. LAFERRIÈRE et M. HAURIOU.

³⁸⁶ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 369 et 370, note 1.

³⁸⁷ A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, n° 215, pp. 244 à 246, et *op. cit.*, T. II, 1895, nos 3 à 6, pp. 16 à 18. Rem. aussi, à la suite de GIRON, O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 222, pp. 253 et 254 pour qui l'acte de juridiction a évidemment la nature d'actes d'autorité (avec la sanction de contrainte éventuelle) et pas l'inverse !

³⁸⁸ En Belgique, la matière contentieuse est nécessairement soumise à l'appréciation du pouvoir administratif qui assure ainsi un large champ d'activité juridictionnelle. M. BOURQUIN évoque "un contentieux virtuel dévolu par nature à l'administration" (*op. cit.*, 1912, n° 66, p. 90). Add. A. ALEN, *op. cit.*, T. II, 1984, n° 344, pp. 638 et 639.

³⁸⁹ HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Barrois, ouvrage qui a connu trois éditions en 1810, 1818 et 1827, la dernière comportant deux volumes. L'ouvrage a été publié à Bruxelles en un seul volume, comprenant également le traité de l'auteur consacré à la compétence des juges de paix. On a retenu l'édition de 1830 mise en rapport avec la législation et la jurisprudence de France et des Pays-Bas. La référence exacte est la suivante : *De l'autorité judiciaire en France, suivie de la compétence des juges de paix*, Bruxelles, De Mat, 1830.

Le titre de l'ouvrage n'indique pas qu'il est consacré au droit public comme au droit civil. À vrai dire, le pouvoir administratif y est appréhendé dans ses rapports avec l'autorité judiciaire. Cette dimension de l'ouvrage exerce une influence décisive sur son contenu, en particulier sur l'idée centrale avancée par l'auteur en ce qui concerne l'exécution administrative. Elle procède d'une description de la réalité profondément marquée par la séparation stricte entre les fonctions administrative et judiciaire. Pour paraphraser HENRION de PANSEY, "exécuter c'est encore administrer". Le pouvoir judiciaire ne peut donc s'y immiscer. Tel est en définitive le sens de ses propos lorsqu'il écrit notamment que "Pourvoir, par des ordonnances à l'exécution des lois, à la sûreté de l'État, au maintien de l'ordre public, aux différents besoins de la société, c'est administrer. Statuer, par des décisions, sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur les oppositions que des particuliers se croiraient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer"³⁹⁰.

Pour l'auteur, le prince est dépositaire de la force publique. Il est donc "tout à la fois l'arbitre des mesures à prendre et le juge de leur application" (p. 195, idr); "il est tout à la fois le juge de l'utilité des mesures qu'il prend, et des réclamations auxquelles leur exécution peut donner lieu; et, s'il en est juge, il peut en déléguer le jugement" (p. 198, idr). Le seul mode d'exécution qui lui échappe et revient aux tribunaux est celui de réprimer les infractions aux règlements (pp. 201 et 202), vraisemblablement parce qu'il s'agit plus de réprimer que d'exécuter réellement. Pour le reste, le droit de juger dérive du droit d'administrer et sa compétence comme juge se concentre en conséquence dans la sphère administrative (p. 215). Car, dans le cas contraire, l'administration passerait dans les cours de justice (p. 201). La responsabilité ministérielle est censée suffire (p. 201)³⁹¹.

390 HENRION de PANSEY, *op. cit.*, 1830, chap. XL, p. 199. Voy. aussi p. 201. À noter qu'au chap. VIII, p. 61, l'auteur évoque l'obéissance à propos des commandements de la justice. Elle procède du mandement de pricier de mettre à exécution tous les jugements d'ailleurs terminés par lui. Toute opposition, toute résistance de fait serait un acte de rébellion et une voie de fait. La loi donne en effet des moyens uniques de se soustraire à l'exécution. Il s'agit des voies de recours. Le même principe est en réalité transposé en matière administrative, à l'exception du fait que les voies de recours ne suspendent pas automatiquement l'exécution administrative.

À cet égard, voy. pourtant ci-dessous, n° 205, concernant le sursis à exécution. Au passage, rem. aussi l'opposition manifeste d'une telle conception avec l'arrêt "La Flandria" dans lequel, pour rappel, la Cour de cassation belge proclame que juger les conséquences d'un acte administratif n'est pas administrer, "ce que faisant il fait œuvre non d'administrateur mais de juge d'une contestation dont l'objet est un droit civil" (*Pas.*, 1921, I, 240).

391 Contre quoi s'insurge violemment J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, p. 66, en droit belge : "Abstraction chimérique qui n'a jamais servi qu'aux excès du pouvoir exécutif, en fournissant à ceux qui exagèrent ce pouvoir le moyen d'entretenir l'illusion dans l'esprit de ceux qui le craignent. Suivez la marche des choses politiques, en France, depuis la transformation du droit public en 1789, comptez les atteintes que les droits individuels ont subies de la part du pouvoir responsable, laissez de côté celles qui se discutent, ne comptez que les violations criantes, et dites si la responsabilité du pouvoir exécutif suffit à garantir les droits individuels". *Add.* X (un membre du congrès), *op. cit.*, 1834, pp. 23 et 24 : une telle conception serait subversive de l'ordre social. Et p. 28 : si la responsabilité ministérielle devait être considérée comme la seule garantie donnée au citoyen face à l'exécution d'un acte illégal, "je répudie la part que j'ai prise à cette œuvre nationale ! ce n'est plus qu'un bouclier de papier, qu'une dérision effrontée".

Le duc de BROGLIE décrit dans la même veine la situation : "Une contestation naît entre l'administration et les citoyens : c'est l'administration qui décide, elle est en même temps juge et partie"³⁹².

Ainsi s'est répandue, à travers le dix-neuvième siècle, cette conception aujourd'hui étonnante de l'acte administratif, jusque dans la jurisprudence et dans les textes^{393 394}, notamment grâce à la doctrine³⁹⁵.

204. Une théorie soudainement controversée. Dans la seconde moitié de ce siècle, cependant, une controverse éclate au grand jour. De toute évidence, elle "n'est pas (...) une pure question de mots"³⁹⁶. Son impact est prépondérant, notamment en ce qui concerne les privilèges. Elle passe pourtant inaperçue dans la doctrine belge.

Trois voies se dessinent, l'une, comme toujours, étant médiane entre deux extrêmes.

Selon une première conception³⁹⁷, la plus extrême et la plus répandue jusque-là, toute décision touchant un droit³⁹⁸, le blessant et pouvant donner lieu à réclamation par voie contentieuse

392 Duc de BROGLIE, *op. cit.*, *Revue des revues de droit*, 1839, p. 2. Le ton est critique et donnera lieu, en guise de réponse, à un "Entretien de M. HENRION de PANSEY", pp. 115 à 130, emportant citation p. 122 (idr) de PORTALIS dans son discours préliminaire du Code civil : "Les réglemens sont des actes de magistrature, et les lois des actes de souveraineté".

393 L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 332, pp. 613 et 614. L'auteur évoque en particulier un avis du Conseil d'État du 16 thermidor an XII, approuvé le 25 du même mois, et inséré au *Bulletin des lois* en 1812, portant que les condamnations et les contraintes émanées des administrateurs, dans les cas et pour les matières de leur compétence, sont exécutoires et emportent hypothèque de la même manière et dans les mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire, car les administrateurs sont dans ce cas de véritables juges (p. 614). Selon l'auteur, qui s'emploie à modaliser la théorie du ministre-juge, l'obligation de former une réclamation dans un délai limité contre un acte administratif n'implique pas que cet acte ait le caractère d'un jugement. Le législateur l'a exigé pour ne pas laisser traîner les affaires en longueur. "C'est la même pensée qui a fait donner force exécutoire aux décisions des agents de l'administration" (p. 615).

394 Avec du recul, E. LAFERRIÈRE établit l'importance de la théorie lorsqu'il écrit : "L'opinion que les ministres sont juges de premier ressort du contentieux administratif a été pendant longtemps l'opinion régnante et classique. Elle a été enseignée par les meilleurs auteurs, énoncée et appliquée dans de nombreux arrêts du Conseil d'État" (*op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 400). QUENTIN-BAUCHART n'écrit pas autre chose : "Les auteurs, un seul excepté (M. BOUCHENÉ-LEFER), ont affirmé, souvent sans la discuter, il est vrai, la doctrine que les ministres sont les juges ordinaires du contentieux administratif. Le Conseil d'État a fait comme les auteurs; sa jurisprudence suppose *a priori* un pouvoir de juridiction aux ministres" ("Étude sur la juridiction administrative", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, p. 142, note 2). Selon l'auteur, tel était le système jusqu'à l'avènement du Consulat. La Constitution du 22 frimaire an VIII, la loi du 28 pluviôse et un arrêté des consuls du 5 nivôse mettaient un point final à une telle conception. Il ne comprend pas comment la tradition a pu persister en l'absence d'une loi ou d'un règlement à portée générale.

395 Dans le même sens qu'HENRION de PANSEY : E.-V. FOUCART, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1855, n° 160 et s., pp. 199 et s.; n° 1876 et 1877, pp. 646 à 649; n° 1876, p. 647 ("le pouvoir est juge"); L.A. MACAREL, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1848, VIII, pp. 56 à 60, surtout p. 58. Comp. D. SERRIGNY, *op. cit.*, 1854, p. 509, n° 6 et p. 592, n° 82.

396 L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 332, p. 606.

397 L.A. MACAREL, *op. cit.*, T. I, 1837, pp. 2 à 4, sn, ainsi que p. 6, n° 16, ou encore p. 8, n° 37 (arrêtés des conseils de préfecture), p. 12, n° 72 (décisions des ministres) : ces décisions ont force et effets des jugements en matière contentieuse; D. SERRIGNY, *op. cit.*, 1854, p. 509, n° 6 et p. 592, n° 82; E. REVERCHON, note

devant le Conseil d'État, est un acte de juridiction. Ces actes acquièrent ainsi la même fixité que les jugements des tribunaux par l'expiration du délai du recours devant l'unique Conseil d'État.

Un deuxième point de vue³⁹⁹ consiste, au contraire, à nier en bloc le caractère de juge aux agents de l'administration, sauf disposition légale expresse. Il sera ultérieurement suivi en jurisprudence comme en doctrine, et notamment par E. LAFERRIÈRE et M. HAURIOU.

Reste alors une troisième opinion⁴⁰⁰, intermédiaire, née avec la controverse. Selon cette conception, il faut deux parties en cause pour qu'il y ait décision sur un litige. Le principe exclut donc de la nature juridictionnelle les décisions prises par l'administration en tant qu'adversaire, c'est-à-dire en tant que partie prenante. En revanche, la décision par l'autorité supérieure sur réclamation du particulier continue d'être considérée comme un acte de juridiction. Plus tard, l'opinion l'emportera selon laquelle il y va d'une simple application d'un pouvoir de contrôle de l'autorité supérieure.

En toute hypothèse, aucune des trois conceptions ne met en question la force exécutoire des actes des agents de l'administration. Elle paraît naturelle tant elle paraît être "dans l'esprit du

sous C.E.fr., Boulingre, 17 janvier 1867, *D.*, 1867, III, p. 89 et concl. comm. gouv. de BELBEUF. La prétendue règle du double degré de juridiction est notamment mise en avant pour soutenir cette conception.

398 L.A. MACAREL s'exprime de la sorte. Toute matière administrative (voire gracieuse) devient contentieuse dès que survient des débats à l'occasion d'un arrêté, ou qu'il s'engendre une opposition de droits et d'intérêts : la matière "se modifie alors" (*op. cit.*, T. I, 1837, p. 6, n° 16). La juridiction contentieuse comprend ainsi "tout ce qui fait légalement obstacle à l'administration, lorsqu'en marchant elle froisse sur sa route les intérêts des particuliers. Elle naît même de la juridiction administrative et de la juridiction gracieuse, si les actes qui en émanent, portent directement atteinte à la propriété des citoyens et aux diverses manières dont ils en jouissent" (p. 2, sn). Elle est exercée par l'autorité supérieure, à savoir les conseils de préfecture (compétence générale), ou alors les directeurs-général, certaines commissions extraordinaires, les ministres et les préfets (compétences déterminées) (pp. 3 et 4, sn). Elle constitue un préalable obligatoire au recours devant le Conseil d'État (p. 16, n° 108). Dans la même veine, mais dans un ouvrage ultérieur, L.A. MACAREL écrit encore que le Roi est "l'autorité suprême à laquelle vient aboutir le contrôle de toutes leurs décisions, comme celui de tous les simples actes d'exécution faits par ses agents" (*op. cit.*, 2^e éd., T. III, 1848, pp. 59 et 60, idr).

399 BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, 1862, pp. 610 à 615; du même auteur, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1863, pp. 354 à 381 et correspondance pp. 558 à 560; toujours du même auteur, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1864, pp. 433 à 467, et 1865, pp. 145 à 183, dont il faut rappeler le titre éloquent : "De la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives, - ou du contentieux et du non-contentieux administratif. Distinction entre les demandes et les réclamations ou les recours vis à vis de l'État, des départements, des communes ou des établissements publics". Voy. aussi QUENTIN-BAUCHAR, *op. cit.*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, pp. 130 à 170, surtout pp. 140 à 145. La croyance que les ministres sont les juges ordinaires du contentieux administratif participe d' "une tradition funeste fondée sur une longue suite de malentendus" (p. 145). L'auteur s'attache à établir la nécessité de la juridiction administrative et voit dans cette tradition un empêchement à progresser. BOUCHENÉ-LEFER écrit notamment ceci : "tant que l'administration, c'est-à-dire l'autorité administrative, n'a pas examiné une demande et ne l'a pas repoussée, tant qu'elle n'a pas manifesté et formulé une volonté ou une prétention contraire, au moyen d'un ordre ou d'une injonction ou d'une interdiction significatives, ou par un refus d'acquiescement, il ne saurait y avoir litige ni, par conséquent, lieu à juridiction" (BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1864, p. 461). "Cette règle que toute demande, quelle qu'en soit la nature et quel qu'en soit l'objet, quelque suite qu'elle doive avoir, doit être présentée à l'autorité non à la juridiction, nous a paru mériter d'être formulée" (pp. 466 et 467).

400 L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 332 à 338, pp. 605 à 624, ainsi que n° 283, p. 467 (arrêts des conseils de préfecture); T. DUCROCQ, *op. cit.*, T. I, 5^e éd., 1877, n° 433 et T. II, 7^e éd., 1897, pp. 6 et s.; A. BATBIE, *op. cit.*, 2^e éd., T. VII, 1885, n° 382 à 386, p. 406 à 411.

système"⁴⁰¹. Seuls les actes privés ou d'administration économique n'emportent pas exécution parée. D'où la confusion fréquente de toutes les autres décisions administratives. D'où aussi toute la difficulté pour M. HAURIOU qui, une fois la théorie disparue, a été amené à chercher ailleurs le fondement de cette force exécutoire incontestée⁴⁰², juste avant que le Tribunal des conflits ne la tempère en la réglementant. On mesure mieux ainsi le poids de la théorie du ministre-juge sur celle de M. HAURIOU et sur les privilèges à travers le temps. Mais ce poids ne permet pas de justifier certaines dérives et certains vices logiques qui y trouvent leur origine, sans que personne n'ait jamais pensé à les révéler au grand jour. L'un de ces vices concerne le sursis à exécution.

205. Le poids de la théorie sur le sursis à exécution. Aujourd'hui, le sursis à exécution⁴⁰³ est présenté comme trouvant sa source dans l'apparition du Conseil d'État et de la justice déléguée en France. C'est exact. Mais c'est oublier le lien étroit qui, à l'origine, unit le sursis à exécution à la théorie du ministre-juge. Le premier est en effet le prolongement naturel de la seconde. L'oubli de ce lien conduit aujourd'hui la doctrine à présenter le sursis - et le caractère exécutoire de l'acte administratif qui le sous-tend - comme un privilège par rapport au droit commun. Tel n'est pourtant pas le cas si, objectivement, on prend la peine de comparer les régimes. Tel n'est *plus* le cas, pour être plus précis, depuis que l'acte administratif n'est plus considéré comme un jugement.

En effet, le propre du jugement est d'être exécutoire par la force⁴⁰⁴, de telle manière que le propre du recours organisé contre lui est d'être (généralement) suspensif de son exécution.

Tel n'est plus le cas si l'acte administratif n'est plus un jugement. Le recours contre cet acte ne doit plus être comparé au recours contre une décision de justice, mais à celui contre un acte ordinaire. En effet, ce recours ne suspend plus un caractère exécutoire qu'en règle l'acte ordinaire n'a d'ailleurs plus non plus. C'est donc l'ensemble du rapport de comparaison qui est faussé.

M. HAURIOU n'a pas perçu cette évolution fondamentale du droit administratif. Il a maintenu le caractère exécutoire de l'ancien acte administratif, en dépit de la jurisprudence du Conseil d'État. Néanmoins, il a été poussé à modifier la nature de l'exécution concernée par ce caractère qui, de forcée, est devenue de plus en plus volontaire. Mais il n'a pas intégré le bouleversement que cela supposait en ce qui concerne le sursis à exécution. Certes, la portée du sursis n'est pas limitée à l'exécution forcée lorsqu'elle est autorisée. Mais, sous ce nouveau jour, le sursis ne pouvait plus être présenté comme un privilège pour l'administration. Il ne pouvait surtout pas l'être en vertu d'une comparaison des actes ordinaires avec le droit commun, que l'auteur a pourtant lui-même introduite. L'exécution concernée n'est en effet qu'exceptionnellement une

401 R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 68 et 69.

402 Tout en imposant les principes de la compétence nécessaire de l'autorité et du respect des procédures légales, ce qui peut paraître contradictoire, voire incompatible avec la théorie initiale plutôt absolue.

403 Aujourd'hui la suspension de l'exécution des actes administratifs.

404 Au besoin, mais aussi si possible, notamment selon la nature de l'obligation concernée. L'exécution forcée est cependant supposée.

exécution forcée⁴⁰⁵. Or, l'exécution non forcée est ordinaire en droit commun et le recours contre cette exécution devant le pouvoir judiciaire n'est généralement pas suspensif. Il doit donc être demandé. Peu importe à cet égard que seul le Conseil d'État puisse prononcer le sursis concernant l'acte administratif⁴⁰⁶.

206. Un lien vite amorcé. À noter qu'avant M. HAURIOU, le lien du sursis avec l'exécution provisoire est rapidement mis en évidence par la doctrine.

L.A. MACAREL, en 1848, écrit explicitement à ce sujet que l'exécution par provision, renseignée en table à propos de l'acte de l'autorité municipale en matière d'épizooties, consiste dans ce que le recours à l'autorité administrative (supérieure) de l'individu se croyant lésé ne peut pas arrêter l'exécution de l'acte⁴⁰⁷. Et il est généralement mentionné que le Conseil d'État accorde rarement le sursis, uniquement pour des causes graves et urgentes⁴⁰⁸.

Cela explique sans doute que M. HAURIOU l'ait à son tour rapidement intégré dans sa théorie. Cependant, contrairement à la théorie du ministre-juge, le sursis ne justifie pas en soi le caractère exécutoire par la force des actes administratifs que l'auteur soutenait au départ être un privilège pour l'administration.

En droit belge, par contre, la question du sursis à exécution ne se pose même pas. Le Conseil d'État n'existe pas à l'époque. Et l'incompétence du pouvoir judiciaire suffit à exonérer l'action administrative de tout risque de suspension. La littérature précise cependant l'incapacité des cours et tribunaux à paralyser l'action administrative, en particulier son exécution. Mais, étrangement, elle n'en fait pas mention à titre principal au moment d'aborder l'exécution administrative.

⁴⁰⁵ Il ne s'agit plus d'une exécution forcée supposée, mais au contraire exceptionnelle et conditionnée. À se demander si M. HAURIOU n'a pas maintenu le sursis au centre de sa théorie pour tenter de justifier le caractère exécutoire par la force des actes administratifs. Mêlé à l'exécution administrative présentée comme étant privilégiée, il suppose en effet le privilège de l'exécution forcée. Car l'unique manière de réagir par une voie de droit à l'exécution forcée illégale est précisément l'action devant le juge visant à arrêter l'exécution, fût-ce provisoirement. C'est le sursis à exécution.

⁴⁰⁶ Inutile de rappeler qu'en droit français, un tel pouvoir est dès le départ exclu dans le chef du pouvoir judiciaire. Voy. not. D. SERRIGNY, *op. cit.*, 1854, p. 601, n° 100. La doctrine est unanime sur ce point. Elle va dans le sens dégagé par HENRION de PANSEY. Le motif est récurrent : la séparation stricte des fonctions judiciaire et administrative. Il est parfois précisé : l'inconséquence d'une autorité judiciaire irresponsable, susceptible de paralyser l'action administrative sans devoir en assumer les conséquences (L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 214, p. 374). L'immixtion dans l'exécution administrative constitue expressément une infraction à l'adresse des juges (art. 127 du Code pénal français de 1810 révisé en 1832 : sont coupables de forfaiture et punis de dégradation civique les juges qui auraient excédé leurs pouvoirs en s'immisçant dans les affaires administratives, notamment en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration). Quant aux agents d'exécution, ils étaient à l'époque protégés par la célèbre garantie assurant l'impossibilité d'arrêter l'action administrative en s'en prenant aux agents (voy. A. BATBIE, *op. cit.*, 2^e éd., T. VII, 1885, n° 386, p. 410).

⁴⁰⁷ L.A. MACAREL, *op. cit.*, 2^e éd., T. III, 1848, p. 257, à mettre en concordance avec la table alphabétique et raisonnée, p. 467.

⁴⁰⁸ L.A. MACAREL, *op. cit.*, T. I, 1837, p. 28, n° 72; L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 376, pp. 675 et 676.

Tout au plus C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS⁴⁰⁹ indiquent-ils - et encore se réfèrent-ils uniquement au droit français sur ce point - que les arrêtés des conseils de préfecture ne peuvent pas être réformés ou entravés *dans leur exécution* par les préfets.

A. GIRON⁴¹⁰, quant à lui, remarque bien que le recours aux tribunaux ne saurait pas avoir un effet préventif, puisque le pouvoir judiciaire n'est en général pas compétent pour intimider à l'autorité administrative des défenses et des prohibitions. Le lien est donc amorcé. Mais il est seulement évoqué à part, en fin de parcours, au titre de moyen légal pour le particulier d'empêcher la consommation d'une exécution abusive, si bien qu'il ne possède pas encore une valeur explicative.

Il faut encore mentionner les *Pandectes belges* selon lesquelles "Une question qui tient de près à celle de la force exécutoire des actes administratifs est celle de l'étendue des droits de contrôle des tribunaux sur celle-ci"⁴¹¹. Mais la force exécutoire étudiée à leur propos est assimilée à la force obligatoire⁴¹².

D. Les principaux enseignements

207. Les prémices d'un privilège. Par souci d'efficacité, il convient de tirer les principaux enseignements de l'étude de la représentation plus empirique des privilèges, dont on aura remarqué qu'il est impossible de supprimer le caractère empirique.

En premier lieu, il est frappant de constater que le phénomène de l'exécution administrative faisait déjà l'objet de tentatives de formulation doctrinale au dix-neuvième siècle, et que ces tentatives présentaient déjà certains vices découverts chez M. HAURIOU.

En deuxième lieu, le phénomène considéré est unique, exactement comme le privilège de M. HAURIOU. Il en partage au demeurant le noyau dur : l'exécution forcée provisoire et administrative. Néanmoins, le terme privilège n'apparaît pas expressément. Mais on comprend désormais mieux pourquoi. À l'époque, l'acte administratif est considéré comme exécutoire par la force parce qu'il est pour une bonne part assimilé à un jugement (administratif) de premier degré. Il en revêt dès lors la principale vertu⁴¹³.

⁴⁰⁹ C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 164.

⁴¹⁰ A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, n° 217, p. 249. Voy. aussi, du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, n° 4, p. 17 : lorsque l'administration s'adresse au juge pénal, son droit se borne à vérifier la légalité (externe) de la disposition prise.

⁴¹¹ *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte exécutoire", col. 540, n° 39.

⁴¹² Comme il ressort également du n° 4^{ter}, col. 532, où il est précisé que, contrairement à l'usage juridique, le terme exécutoire est synonyme d'obligatoire en ce qui concerne les actes émanant de l'autorité législative ou de l'autorité réglementaire. P. 538, n° 33, il est affirmé que les arrêtés et règlements tirent leur force exécutoire de la publication.

⁴¹³ À noter que l'idée justifie en même temps l'interdiction faite au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans les affaires administratives, et *a fortiori* d'en paralyser l'exécution.

En troisième lieu, on a relevé l'éclatement potentiel du phénomène entre les différentes forces juridiques et la confusion effective de celles-ci au sein d'un contentieux autonome. Le contexte y est favorable. Les auteurs se limitent en effet à décrire la réalité. Or, la réalité est globalement favorable à l'administration, de manière telle que les catégories distinguées en droit privé n'apparaissent pas en droit administratif où elles peuvent être mélangées⁴¹⁴.

En quatrième lieu, dès le départ, les prémisses du privilège ne procèdent pas d'une comparaison rigoureuse avec le droit commun concernant le moyen de vaincre la résistance d'un obligé. Elles participent d'une conception autonome liée à un contentieux spécifique dont M. HAURIUOU écrira d'ailleurs que, malgré son développement, il "reste très différent du contentieux civil"⁴¹⁵.

208. L'oubli des racines du privilège. La représentation empirique n'a pas seulement permis d'identifier les prémices du privilège de M. HAURIUO. Elle a également permis de mettre à jour un vice fondamental dans la conception de ce dernier. Ce vice vient de l'oubli des racines du privilège. Des racines d'ordre juridictionnel.

L'élément est important parce qu'il permettra sans doute de résoudre une bonne part des difficultés rencontrées aujourd'hui avec les privilèges. Ces derniers sont en effet directement issus de la théorie de M. HAURIUO.

Avec M. HAURIUO, on a vu que le privilège (encore unique à l'époque) n'a pas été formulé (pour la première fois) à partir d'une comparaison rigoureuse avec le droit commun. En revanche, il est désormais acquis que l'auteur s'est fortement inspiré du passé pour construire sa théorie. Il en a repris des éléments qui, mis ensemble, ont été les ingrédients d'une nouvelle formulation, avec des interactions plus ou moins nouvelles entre eux.

⁴¹⁴ De manière schématique, l'acte administratif est présenté comme étant exécutoire parce qu'aucune autorité juridictionnelle n'est habilitée à en paralyser l'exécution. La tendance est alors d'y ajouter des caractéristiques indépendantes en droit privé, telles l'authenticité ou le caractère unilatéral de la décision prise. À l'époque, le rapprochement avec le droit commun est inconcevable, même pour identifier un privilège. La séparation des pouvoirs et des droits est stricte. Les administrativistes raisonnent en vase clos. À l'acte administratif correspond nécessairement un régime global spécifique et privilégié.

⁴¹⁵ M. HAURIUO, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, p. 413, note 1; 11^e éd., 1927, pp. 374 et 375, note 2. À ce propos, M. HAURIUO écrira aussi, mais ailleurs, que "le droit administratif semble s'être séparé du droit civil pour absorber en lui tout ce que ce droit contenait antérieurement de police juridique et de directives, et ne laisser à ce droit civil épuré que le fond du droit dans un ensemble cohérent de règles de droit" (*op. cit.*, 1933, p. 158).

⁴¹⁶ Rem. cependant BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, 1862, Avertissement, pp. VIII et IX : "On s'est imaginé, et l'on s'est trop habitué à croire que ce droit (administratif) étant celui de l'administration, elle était, dans la pratique, maîtresse de le modifier à son gré. C'était sa chose, elle pouvait en disposer. Heureusement il n'en est pas ainsi, et même, en matière discrétionnaire, la constitution et les lois sont la règle de l'administration comme des citoyens : seulement, c'est à ceux-ci de connaître et de faire valoir leurs droits. Nous essayons, dans ce livre, de leur en indiquer les moyens. (...) J'ai tâché à cet effet d'en ramener les notions fondamentales aux règles qu'indiquent la logique et la vérité des choses, sans m'inquiéter de quelques prétendus axiomes, inconséquents ou exagérés, adoptés ou propagés de confiance, comme ceux-ci : les tribunaux ne peuvent connaître des actes administratifs; les tribunaux ne peuvent prononcer de condamnations contre l'État; le conseil d'État ne connaît pas de l'application des traités ou conventions diplomatiques, etc.; axiomes qui veulent être ou supprimés ou réduits à leur juste valeur". Le parallèle avec le privilège est irrésistible.

Or, on sait maintenant que l'exécution provisoire est, au départ, le prolongement de la théorie du ministre-juge, c'est-à-dire de la conception de l'acte administratif comme un premier jugement exécutoire par la force.

Il semble donc que M. HAURIUO ait repris à son compte l'exécution provisoire mais que, tenu de s'écarter de la théorie disparue, il se soit efforcé de justifier par une nouvelle théorie ce qui, par le passé, constituait une évidence. De la sorte, son effort s'inscrit dans la continuité de la doctrine administrative. Mais encore fallait-il que l'auteur trouve une explication cohérente pour justifier le maintien de la règle. Ce qu'il n'a pas fait puisque, de forcée, l'exécution concernée est devenue principalement non forcée, contrairement à ce que supposait un privilège.

209. Un glissement dans les comparaisons. Il est important de reprendre pas à pas le glissement qui s'est produit de la sorte dans la comparaison censée fonder le privilège en doctrine.

Sous le règne de la théorie du ministre-juge, la comparaison portait sur deux actes de même nature, à savoir deux décisions juridictionnelles indépendantes. La comparaison était en conséquence permise. La perte du caractère juridictionnel par l'acte administratif revenait, par contre, à modifier en profondeur les termes du rapprochement possible avec la décision de justice. En effet, la comparaison portait désormais sur deux actes de nature différente. Alors que le jugement portait sur un acte initial, l'acte administratif était devenu cet acte initial, susceptible de déboucher sur un contentieux. En conséquence, la comparaison était moins légitime, de la distance devait être prise à son égard et un rapprochement devait intervenir entre l'acte administratif et l'acte juridique ordinaire posé par le particulier⁴¹⁷.

C'est ce que M. HAURIUO a donné l'impression de faire, notamment en simulant une véritable comparaison avec le droit commun, mais sans le faire réellement en matière d'exécution, comme en témoigne la persistance de plusieurs éléments.

Le sursis à exécution, en particulier, figure en première ligne dans la définition du privilège. Pourtant, l'élément procède directement de la première comparaison. Car si le sursis se rapporte à une exécution non forcée, il perd son statut de privilège au sens strict. On l'a montré ci-dessus⁴¹⁸. C'est donc que l'exécution concernée doit être forcée, qu'il s'agit dès lors d'"exécution provisoire" au sens du droit commun judiciaire et que la décision en cause est un premier jugement.

Selon l'ancienne théorie, précisément, l'exécution provisoire était la règle en matière administrative et expliquait ainsi l'existence du sursis, puisque le recours administratif⁴¹⁹ ne la

⁴¹⁷ D'où probablement le mouvement de plus en plus comparatif des régimes de droit privé et de droit administratif enregistré à partir de ce moment-là en doctrine. Voy. *infra*, n° 224 et s.

⁴¹⁸ Voy. ci-dessus, n° 205.

⁴¹⁹ Au départ, la voie de recours était intentée devant une instance supérieure au sein du même pouvoir. Cela n'est plus vraiment le cas aujourd'hui, même si le Conseil d'État est, dans les principes, organisé au sein du pouvoir exécutif. En droit belge, néanmoins, l'intervention possible d'un pouvoir clairement distinct différencie d'autant mieux l'acte administratif de la décision de justice. En tout cas plus souvent qu'en droit français.

suspendait pas automatiquement. Aussi fallait-il le demander au juge. L'exécution provisoire demeure au contraire l'exception en procédure civile où, en principe, l'exercice d'une voie de recours ordinaire la suspend automatiquement (sauf en référé, sur requête unilatérale ou en matière de saisies notamment)⁴²⁰.

Avec le recul, même l'expression "exécution provisoire" n'est pas originale au droit administratif. Elle vient directement du droit commun des décisions de justice⁴²¹.

Depuis lors, toutefois, le recours au juge administratif ne constitue plus une voie de réformation comparable aux voies de recours contre un jugement, notamment en ce qui concerne ses effets. Le type d'exécution concerné, surtout, diffère fondamentalement. De forcée, elle est devenue plus générale.

Un autre élément encore⁴²², fréquemment mentionné à l'époque, est la dispense de formule exécutoire. Elle procède également de la comparaison entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel, puisque la décision de justice la requiert.

Bref, une série d'éléments ont survécu à la disparition de la théorie du ministre-juge en doctrine. La théorie a certes conduit à favoriser un nouvel axe de comparaison entre l'acte administratif et l'acte privé. En matière d'exécution, toutefois, elle a surtout voilé les racines du privilège construit par M. HAURIOU. Malgré des éléments inchangés, l'idée se répand en effet, au fil des générations, que, contrairement au particulier désireux de vaincre par la force la résistance de son obligé⁴²³, l'administration n'aurait pas besoin d'une autorisation judiciaire pour vaincre la résistance de l'administré.

210. Transition. En France, pourtant, le dogme est combattu par le Tribunal des conflits et le juge administratif dès le début du vingtième siècle. Ces derniers imposent en effet une série de conditions au recours à l'exécution forcée par l'administration. Et la règle qui s'en dégage n'est pas l'exécution d'office. De privilège de fait, l'exécution provisoire se juridicise donc

⁴²⁰ Par contre, l'effet du simple *délai* d'appel n'est généralement pas suspensif en droit commun (sauf en ce qui concerne notamment les prestations des tiers et les condamnations au paiement de sommes d'argent : art. 1388, al. 1^{er} et 1495, al. 2 du Code judiciaire).

⁴²¹ Contrairement à toute attente, l'exécution provisoire ou préalable du privilège de M. HAURIOU trouverait ainsi son origine en droit commun ... À son égard, en procédure civile ou en droit judiciaire, voy. A. FETTSWEIS, *op. cit.*, 2^e éd., 1987, nos 957 à 961, pp. 604 à 607. On parle également de "l'exécution par provision". À la réflexion, des formules comparables à celles liées aux privilèges circulent à l'égard des décisions de justice (y compris administratives). De telles décisions, si elles ne sont plus susceptibles de recours, ne sont-elles pas "exécutoires par elles-mêmes", "de plein droit", etc. ? Les *Pandectes b.* parlent même d' "exécution immédiate" (T. III, 1879, "Acte exécutoire", col. 531, n° 2). Voilà qui permet de confirmer le lien originel du privilège avec l'exécution forcée. Par ailleurs, il faut insister sur ce qu'au terme de l'article 1402 du Code judiciaire, les juges d'appel ne peuvent en aucun cas interdire l'exécution provisoire des jugements ou y faire surseoir, à peine de nullité ...

⁴²² Rem. aussi le concept de l' "autorité de (la) chose décidée", étudié *infra*, n° 290.

⁴²³ Il n'est en effet pas toujours son cocontractant.

progressivement pour devenir un privilège de droit. Mais il reste le privilège de M. HAURIOU en doctrine, dans lequel l'auteur a mélangé plusieurs forces⁴²⁴.

Pourtant, M. HAURIOU semblait conscient que le contentieux administratif est né en France pour remédier au privilège de fait qu'il s'attachait à défendre. Dans son précis, il écrit en effet que : "(...) la décision exécutoire, par cela même qu'elle avait le bénéfice de l'exécution provisoire par la voie administrative, devait engendrer un contentieux contre elle-même. C'est donc la poussée de la procédure d'action d'office qui, par une réaction logique, a déterminé la poussée du contentieux, et ces deux poussées se sont équilibrées autour de la décision exécutoire"⁴²⁵.

III. La formulation plus conceptuelle "des privilèges"

*"De nouvelles formules pour qualifier des situations inchangées
sont presque toujours des complications,
presque jamais des explications."*

H. BERTHÉLEMY⁴²⁶

211. Deux périodes. Deux périodes doivent être distinguées en ce qui concerne la formulation plus conceptuelle des privilèges, sans que l'on puisse toutefois parler de deux formulations d'une nature différente⁴²⁷. La première période correspond à l'essor du privilège

⁴²⁴ Le rapprochement du privilège et de la force obligatoire, en particulier, aura des conséquences négatives en théorie. Les auteurs iront jusqu'à appliquer le principe de l'absence de caractère suspensif du recours administratif à l'effet obligatoire. Encore aujourd'hui, ils soutiennent parfois de manière confuse que l'introduction d'un recours contre un acte administratif ne suspend pas (automatiquement) sa force obligatoire qui est maintenue jusqu'à l'annulation éventuelle. En somme, et ce sera là toute la dérive des privilèges dans la doctrine ultérieure, le privilège du préalable de M. HAURIOU est né d'une idée assez simple, sur laquelle l'auteur est venu greffer la question de la déclaration de volonté et de l'effet juridique, simplement parce que la jurisprudence en limitait la portée. M. HAURIOU et G. de BEZIN reconnaissent à cet égard que "l'existence des recours contentieux (qui) nous a habitués à considérer (l'acte administratif) comme produisant des effets juridiques, même quand il apparaît comme acte de commandement et d'autorité, et que, par un progrès logique, nous devons arriver à rattacher à un commerce juridique public s'établissant entre l'administration et les administrés" (M. HAURIOU et G. de BEZIN, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1903, p. 544, a et idr).

⁴²⁵ M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, pp. 412 et 413; 1927, p. 374 (ainsi, les recours contentieux ne sont pas suspensifs au départ, mais certains le deviennent peu à peu). Pour R. CHINOT aussi, le vecteur de l'évolution a été le recours administratif (*op. cit.*, 1945, p. 59). Quant à E. LAFERRIÈRE, il insistait sur ce que l'évolution doctrinale concernant la théorie du ministre-juge "correspond à une période de sérieuse investigation juridique dans le domaine du contentieux administratif" qui ne pouvait produire que de bons résultats *pratiques* (*op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 402). Tel est finalement l'essentiel.

⁴²⁶ H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd., Paris, Rousseau, 1933, préface, p. VII.

⁴²⁷ Si ce n'est qu'une formulation est toujours plus empirique ou conceptuelle comparée à une autre. Voy. à cet égard *supra*, nos 11 et 12.

de M. HAURIOU, avec les premiers conceptualistes, parmi lesquels figure M. HAURIOU (de 1887 à 1940) (A). La seconde période correspond à la crise du privilège (de 1945 à nos jours) (B) provoquée par une partie de la doctrine.

Avec la Deuxième Guerre mondiale survient en réalité une crise profonde du droit administratif français dans son ensemble⁴²⁸. Le privilège n'échappe pas à cette crise et les critiques se précisent à son égard, allant jusqu'à mettre en cause son existence. L'occasion est ainsi donnée au privilège de l'exécution préalable de subir une profonde mutation. Il va notamment se séparer en deux privilèges distincts. Dans la majorité des cas, le privilège de l'exécution préalable devient ainsi les privilèges du préalable et de l'exécution d'office.

Le sujet, surtout durant la seconde période, fait l'objet de plusieurs monographies. L'importance de la documentation commande en conséquence de mettre l'accent sur la perspective retenue, à savoir l'évolution du privilège, son éclatement en deux prérogatives et entre les différentes forces juridiques, jusqu'au constat selon lequel ils sont profondément inadéquats.

A. L'essor du privilège (de 1887 à 1940)

212. L'exécution provisoire. On se souvient que la théorie de M. HAURIOU a connu de profondes transformations au fil des éditions du précis de l'intéressé. Un glissement s'est produit à la fois dans le nom donné au privilège et dans son contenu. Le privilège vire de la force exécutoire vers la force obligatoire de l'acte administratif. La jurisprudence du Conseil d'État est à l'origine de ce glissement. Au début du siècle, elle établit une série de conditions strictes au recours à la force par l'administration. Par rapport à cette jurisprudence, M. HAURIOU développe sa théorie à contre-courant.

Une telle opinion doit être nuancée car, à l'époque, les auteurs sont quasi unanimes autour de l'exécution provisoire, contrairement à ce que prétend la doctrine ultérieure⁴²⁹. Ce qui les

⁴²⁸ Elle était déjà latente avant la seconde guerre mondiale, mais elle a été retardée par elle. Pour s'en convaincre, on lira par exemple la préface du Traité d'H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 13^e éd., 1933. La crise est issue de deux mouvements contradictoires. L'un de conceptualisation, principalement en doctrine. L'autre nettement plus réaliste, à travers la jurisprudence du Conseil d'État. Les attributs de la puissance publique (en particulier la séparation des pouvoirs et les prérogatives administratives qui y sont liées) semblent en effet y perdre progressivement leur caractère idéologique pour revêtir une utilité plus pratique et technique (cons. M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960). En droit belge, rem. M. DONY, "L'interdiction totale des voies d'exécution à l'égard des personnes publiques est-elle justifiée ?", *A.P.T.*, 1985, p. 82, qui fait état d'interrogations et de remises en question. Comp. C. CAMBIER, "La puissance publique en question ou l'empire éclaté", *J.T.*, 1982, p. 214 et in *Écrits de C. Cambier*, Faculté de droit de l'U.C.L., 1984, p. 300 : "À une époque où la jurisprudence s'accommode des privilèges que la puissance publique revendique, le régime de faveur qui lui est appliqué est combattu par la doctrine". Le règne de l'*imperium* paraît promis à un démantèlement.

⁴²⁹ La doctrine s'évertue en effet à dégarer, parmi les auteurs de la première moitié du siècle, des défenseurs et des opposants au privilège, comme s'ils évoquaient une réalité différente. R. CHINOT, en particulier, ouvre son étude de la doctrine relative à l'exécution d'office sur l'opposition présentée entre M. HAURIOU, d'une part, et, d'autre part, E. LAFERRIÈRE et H. BERTHÉLEMY (*op. cit.*, 1945, pp. 21 et s.). Pourtant, ceux-ci n'ignorent pas le principe de l'exécution provisoire que le deuxième, surtout, entend critiquer, tout en reconnaissant

distingue de M. HAURIOU, ce n'est pas tant la description ou la présentation qu'ils livrent de la réalité, mais plutôt la manière de la percevoir, de la rendre et, pour certains, de la critiquer, le tout avec des accents et des nuances différents.

L'unanimité ne se forme donc pas nécessairement autour de la théorie de M. HAURIOU, mais bien autour du phénomène de l'exécution provisoire. Contrairement à une idée répandue, M. HAURIOU n'est d'ailleurs pas le premier conceptualiste à relater le phénomène. Certes, il l'approfondit et en donne une expression originale. Mais, par voie de conséquence, sa doctrine n'est donc pas exclusive et elle ne s'est pas imposée immédiatement.

D'autant que tous les auteurs ne réagissent pas de la même manière par rapport au phénomène. Certes, tous s'accordent à reconnaître à l'administration le bénéfice de l'exécution forcée provisoire, parce que telle est la situation concrète et surtout l'état de la jurisprudence à l'époque. Mais là où une nuance de taille - ou une incompréhension⁴³⁰, selon les opinions⁴³¹ - sépare M. HAURIOU et ses successeurs des autres auteurs, c'est lorsque M. HAURIOU semble faire de l'exécution provisoire un droit illimité au bénéfice de l'administration, alors que les autres auteurs insistent au contraire sur ses limites et en critiquent parfois le fondement, en dénoncent en tout cas les abus.

Autrement dit, si ces derniers s'accordent sur le phénomène, c'est parce qu'ils ne sauraient pas nier son existence. Tandis que M. HAURIOU construit une théorie qui l'explique, le justifie et lui procure une légitimité.

Avant d'analyser les premières formulations plus conceptuelles, contemporaines de M. HAURIOU (2), il convient de résumer les éléments du contentieux administratif de l'époque (1). Ils déterminent en effet un contexte sans la connaissance duquel la situation et son évolution ne peuvent pas être comprises. Il faut se resituer dans la mentalité propre à l'époque. Depuis la

l'existence et la proclamation par le Conseil d'État. La tentative d'opposition est en réalité calquée sur les deux écoles émergent à l'époque, toutes deux cherchant l'élément explicatif du droit administratif dans son ensemble. La première le trouve dans la puissance publique, la seconde dans le service public. La présentation est évidemment antérieure à R. CHINOT et elle continue d'être utilisée largement après lui. Mais en réalité, les théories individuelles sont nettement plus compliquées.

⁴³⁰ Il est en effet soutenu, non sans une part de vérité, que M. HAURIOU aurait été victime de son temps. Certes, il a commencé par mettre l'accent sur la prérogative. Mais il l'a modalisée fortement, notamment par le rappel récurrent du respect de la loi et des procédures. Sans doute pas assez. En définitive, M. HAURIOU a fait la somme de plusieurs compétences formulées dans le sens de la prérogative pour tirer une règle générale qui n'en est pas réellement une, mais que le système autorisait et rendait probable. Faut-il rappeler que l'auteur était favorable au développement du référé administratif ?

⁴³¹ R.-G. SCHWARTZENBERG, en particulier, dans une tentative manifeste de réhabilitation de la pensée de M. HAURIOU, soutient que de nombreuses critiques adressées à l'auteur protégé tiennent à une "fausse querelle" de mots (*op. cit.*, 1969, p. 106). "D'où les controverses sans fin et sans fondement. (...) On peut regretter cette liberté terminologique, mais il faut, au moins, en prendre conscience. Sinon, sur la base de quiproquos terminologiques inaperçus, on en vient à dénoncer une confusion conceptuelle là où il n'y a que licence verbale". La croyance dans un privilège général lié à l'exécution forcée procéderait en particulier d'un "malentendu" rapidement tourné en "procès d'intention" (p. 111) et en "erreur de cible" pour de "simples abus ou impropriétés de langage", en attaque d'un "bloc qui n'existait pas avant leur assaut" (p. 113). Les développements qui suivent, surtout concernant les périodes antérieures, montrent au contraire que telle était bien la situation à l'époque et que le privilège de l'exécution forcée représentait quelque chose de concret. La question terminologique change bel et bien le fond du problème, surtout dans la perspective de la détermination d'un réel privilège.

révolution, l'idée prévaut selon laquelle le pouvoir judiciaire est interdit d'immixtion dans les affaires administratives. Or, le privilège trouve sa source à cet endroit précis.

1. Le contexte

213. L'hégémonie du Conseil d'État⁴³². En France, à l'instar de ce qui se passe au même moment en Belgique⁴³³, une partie de la doctrine⁴³⁴ s'insurge contre la jurisprudence administrative et judiciaire. Ensemble, les juges consacrent en effet la compétence exclusive du juge administratif en matière administrative, y compris lorsque l'action emporte une mesure d'exécution administrative. Or, dans ce cas, l'intervention du juge administratif est vouée à l'échec. Elle a lieu *a posteriori*, une fois l'exécution réalisée et le dommage causé. Tel n'aurait pas été le cas si la compétence du pouvoir judiciaire avait été reconnue.

Les conditions dans lesquelles la justice est rendue varient en effet fortement d'un ordre juridictionnel à un autre. En particulier, le référé est inexistant devant le Conseil d'État et le sursis à exécution avarement exploité. De telle manière que seule une indemnisation, dans le meilleur des cas, peut être espérée par l'administré victime d'une exécution illégale. Or, l'indemnisation est souvent inadéquate. Néanmoins, telle est la conséquence concrète pour les administrés de la fermeture de la voie judiciaire contre les actes administratifs⁴³⁵. Elle est confirmée au début du siècle.

L'espoir de son ouverture venait pourtant de réapparaître. Plusieurs signes permettaient de le penser, dont l'attribution définitive de la justice déléguée au Conseil d'État et l'entrée en activité du Tribunal des conflits. En fin de compte, les juges pouvaient difficilement accéder à une telle demande. Le temps de la séparation absolue des pouvoirs, voire de l'immunité juridictionnelle,

⁴³² En matière administrative.

⁴³³ Sauf qu'en France un contrôle de l'action administrative existe déjà, mais ses modalités le rendent en grande partie inefficace et critiquable. Il "manque de sanction" écrit-on Belgique (P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, § 180, p. 279; M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 244, p. 348). En termes absolus, le constat est également valable en France, à la même époque.

⁴³⁴ Tel est surtout le propos d'articles et de monographies. Mais contrairement à ce que l'on pourrait penser, la plupart des auteurs ne se prononcent pas nécessairement en faveur de l'intervention du pouvoir judiciaire, comme le fait vigoureusement A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907. Les titres sont souvent évocateurs des préoccupations des auteurs : J. CRUET, *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, Paris, Rousseau, 1906, pp. 207 à 219, de même que pp. 378 à 381; A. de CHABERT-OSTLAND, *Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif*, Paris, Giard et Brière, 1907, sp. pp. 117 à 125. Voy. aussi H. BERTHÉLEMY, "De l'exercice de la souveraineté par l'administration", *R.D.P.*, 1904, pp. 209 à 227; J. BARTHÉLEMY, "Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public", *R.D.P.*, 1912, pp. 505 à 540, surtout p. 539; O. DUPOND, "Les conditions de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative", *R.D.P.*, 1925, pp. 351 et 352, ainsi que p. 411. Quant aux autres auteurs, ils se contentent parfois d'indiquer, à l'instar de M. HAURIOU et avec la même naïveté, qu'en pratique l'administration attendra le plus souvent la fin du contentieux pour recourir à l'exécution forcée.

⁴³⁵ Sans oublier l'élévation éventuelle du conflit en cas de saisine du juge judiciaire. Elle prolonge d'autant la durée de la procédure, le cas échéant.

n'était pas si éloigné ... Les membres des nouvelles institutions étaient par conséquent soucieux de rester en place. Telle était en quelque sorte la "rançon de la justice déléguée"⁴³⁶.

L'importance de la jurisprudence concernée pour le sujet ne doit pas échapper au lecteur. En effet, il s'agit de celle qui a permis au Conseil d'État de poser librement, en toute autonomie, une série de conditions "légales" au recours à l'exécution forcée administrative. Celle, autrement dit, à l'origine de la spécificité revendiquée en droit français de l'exécution forcée administrative, par rapport au droit commun de l'exécution. On la retrouve chez M. HAURIOU lorsqu'il fait état dans son précis, en 1921, des "errements fâcheux" du Tribunal des conflits et du Conseil d'État concernant le bénéfice de l'exécution provisoire⁴³⁷.

Elle sera analysée en profondeur au moment de vérifier, sous le titre II, si les conditions posées sont ou non inspirées du droit commun de l'exécution, dans la perspective d'un éventuel rapprochement. Elle est très importante, car elle permet de souligner le rôle démesuré joué en France par le juge administratif dans la matière, du moins à vouloir le transposer en droit belge, y compris si on voulait l'attribuer à la Cour de cassation. Pour l'heure, il s'agit seulement de comprendre le mécanisme à l'origine du privilège de fait, la réaction de la doctrine à son égard, de même que la voie par laquelle il était inexorablement appelé à perdre de l'importance par la suite.

214. Une occasion donnée. Le principal cas d'espèce à l'origine de la jurisprudence française dénoncée, se rapporte à la volonté politique, au début du siècle et dans l'optique de la séparation des églises et de l'État, de mettre un terme au développement des congrégations religieuses et de détruire une grande partie de celles existantes.

La loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations matérialise cette volonté. Elle distingue les congrégations déjà autorisées par des lois antérieures et celles qui ne le sont pas. Elle prononce la dissolution des dernières et la fermeture des établissements congréganistes non autorisés (auxquels sont assimilés ceux créés hors siège par une congrégation autorisée). Il s'agit surtout d'établissements d'enseignement.

Cependant, la loi ne précise pas les moyens concrets d'exécution mis à la disposition des autorités. La loi se limite à prévoir un certain nombre de sanctions pénales pour les éventuels contrevenants. Mais le libellé de ces sanctions ne permet pas de sanctionner un cas de figure rencontré, tout simplement parce qu'il n'est pas expressément prévu par la loi, ce qui ne pardonne évidemment pas en droit pénal.

Ces deux imperfections n'ont pourtant pas découragé l'administration, bien décidée à ne pas rester les bras croisés. Elle ne s'est pas résignée à demander le vote d'une nouvelle législation, même si celui-ci est finalement intervenu fin 1902, dans le souci évident d'apaiser un climat pour le moins tendu. Elle a choisi d'exécuter la loi par la force.

⁴³⁶ F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, p. 122.

⁴³⁷ M. HAURIOU, *op. cit.*, 10^e éd., 1921, p. 354.

En règle, deux actes ont été adoptés pour l'exécution concrète de la loi : un arrêt rendu en Conseil des ministres prescrivant la fermeture, et un arrêté du préfet déclarant la dissolution, enjoignant l'évacuation immédiate et ordonnant l'apposition des scellés.

215. Des contestations en justice. Étonnamment, les contestations n'ont pas porté sur l'expulsion et la dispersion des congréganistes par la force⁴³⁸, mais bien sur l'apposition de scellés. La légalité de la mesure d'exécution a été soulevée par des particuliers lésés. Elle l'a surtout été devant toutes les juridictions possibles. Mais de toutes les catégories sollicitées - justices civile, pénale, administrative -, seule la dernière, seul le Conseil d'État a accepté de répondre à la question posée, en l'occurrence par l'affirmative. Le juge pénal, de son côté, a estimé ne pas avoir à se prononcer sur autre chose que sur le bris de scellés commis par certains, constitutif d'un délit et relevant de la justice privée⁴³⁹. Quant au juge civil, saisi en référé par d'autres, il n'a même pas eu l'occasion de se prononcer et d'accorder probablement la mainlevée ou ultérieurement des dommages et intérêts. Dans l'intervalle, en effet, le conflit a été élevé devant le Tribunal du même nom. Au motif que seul le Conseil d'État est habilité à connaître de la légalité de l'apposition.

Comme telle, l'élévation du conflit n'était pas l'occasion, en principe, d'évaluer la légalité de l'apposition. Il s'agissait seulement de déterminer la juridiction compétente pour l'apprécier. Il s'agissait, autrement dit, de déterminer la nature de l'acte. Elle était considérée comme administrative par le préfet et justifiant ainsi la compétence du Conseil d'État.

En termes plus techniques, la question était de savoir si l'administrateur avait bien agi *dans le cercle normal de ses attributions*, sous peine de faute personnelle. Il ne s'agissait donc pas de déterminer s'il avait accompli cet acte *dans la limite de ses pouvoirs* (l'excès de pouvoir), ce qui est une question différente, plus précise et surtout purement administrative. Elle est en conséquence de la compétence exclusive de la juridiction administrative en France⁴⁴⁰. Elle n'avait dès lors aucune chance d'aboutir.

438 Ce dont on peu s'étonner dès lors que la loi ne semblait pas prescrire expressément une mesure d'expulsion, mais uniquement des peines. Le motif de contestation est pourtant passé inaperçu, et les mesures d'exécution implicitement entérinées. Pour H. BERTHÉLEMY, "La dispersion des congréganistes par les gendarmes n'était pas illégale. C'est un acte normal de police judiciaire" (*op. cit.*, 13^e éd., 1933, p. 350). Pour A. LACOSTE, "Expulsion, dissolution, fermeture, posées d'ailleurs dans la loi, constituent donc des moyens d'exécution, mais non des pénalités" (*op. cit.*, 1907, p. 46). Car pour agir, "l'administration est obligée de contraindre". L'auteur définit ainsi de façon quelque peu arbitraire le moyen d'exécution comme "un procédé purement temporaire destiné à procurer l'exécution du fait prévu par la loi". Or, l'apposition de scellés ne correspond pas à la définition. Elle est appelée à durer et elle suit l'exécution plutôt qu'elle ne la précède ou l'accompagne. De la sorte, les auteurs précités vont dans le sens de la jurisprudence administrative en ce qui concerne le recours à la force.

439 Voy. not. E. CHAVEGRIN, note critique sous plusieurs arrêts liés aux bris de scellés, *S.*, 1904, 1, 57.

440 Ainsi, alors qu'auparavant la séparation des fonctions justifiait à elle seule l'interdiction de toute paralysie administrative par le pouvoir judiciaire, la compétence exclusive de la juridiction administrative explique dorénavant la naissance du privilège en vase clos. En réalité, la compétence de la juridiction administrative n'est pas étrangère à la séparation des fonctions administrative et judiciaire. Elle en est le prolongement immédiat, à l'instar du Conseil d'État lui-même. L'était également la théorie du ministre-juge qui servait auparavant à expliquer l'exécution provisoire, y compris en matière purement administrative ou non contentieuse. Dans ce sens : BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1863, p. 356.

La première question vise, au contraire, une condition posée à l'application du principe de la séparation des pouvoirs. Selon ce principe, "il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution"⁴⁴¹ d'actes *accomplis dans ce cadre*. Sauf dans un cas : lorsqu'il y a voie de fait, en l'occurrence dépossSESSION définitive⁴⁴², ce qui n'était généralement pas le cas en l'occurrence, à l'estime du moins du Tribunal des conflits.

216. L'affaire "Immobilière de Saint-Just". Une affaire, en particulier, a été l'occasion pour le commissaire du gouvernement ROMIEU - et non pour le Tribunal, comme il est parfois donné de lire, car celui-ci n'avait pas et n'a pas eu à se prononcer sur la question dans son ensemble - d'élaborer "la théorie fameuse, connue sous le nom d'exécution forcée, par la voie administrative, des actes de puissance publique"⁴⁴³. Il s'agit de l'affaire "Société immobilière de Saint-Just"⁴⁴⁴.

Dans ses conclusions, le commissaire s'est appliqué à recenser un certain nombre de conditions posées au recours à l'exécution forcée administrative sans l'intervention préalable d'un juge. En jurisprudence française, ces conditions sont toujours d'actualité à l'heure actuelle. Elles figurent dans les précis de droit administratif, y compris dans les précis de droit belge.

Aujourd'hui encore, l'affaire "Immobilière de Saint-Just" est considérée comme étant à la source et au cœur du privilège étudié. Elle est intervenue en cours de formulation du privilège par M. HAURIOU et elle n'a pas manqué d'influencer l'auteur⁴⁴⁵. Au demeurant, ce dernier a annoté l'arrêt. Il a emboîté le pas au commissaire à cette occasion⁴⁴⁶. Le Conseil d'État aussi⁴⁴⁷. Il aurait implicitement considéré la cause comme jugée d'avance par le Tribunal des conflits⁴⁴⁸. C'est pourtant lui qui, confirmant la doctrine défendue par ROMIEU devant le Tribunal, a formellement proclamé la légalité de l'exécution forcée par la voie administrative⁴⁴⁹.

Il faut d'emblée préciser que la démarche du commissaire n'atteste aucune volonté réelle de comparaison avec le droit privé de l'exécution, si ce n'est la référence récurrente aux moyens judiciaires de contester la régularité de l'acte administratif, en cas de compétence du pouvoir

441 T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, *S.*, 1904, 3, 17, ici 24.

442 L'autre hypothèse de voie de fait manifeste justifiant à l'époque l'intervention judiciaire est l'arrestation.

443 A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 71 et 88. L'auteur avait à juste titre des craintes car "la généralisation est facile et le pas vite franchi d'une justification d'espèce à l'édification d'une théorie générale".

444 T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, *Rec.*, 1902, p. 713, concl. conf. ROMIEU; *D.*, 1903, 3, 41, note de M. de BAUNY et concl.; *S.*, 1904, 3, 17, note M. HAURIOU et concl. Au même moment, pour bien montrer la succession des événements, la mise au greffe de l'administration agissant d'autorité n'est pas encore acquise en droit belge. Avec pour conséquence l'absence d'une jurisprudence comparable en matière d'exécution. Comp. M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 51, p. 73, en matière de responsabilité : alors qu'en France, "le Conseil d'État a profondément renouvelé les idées juridiques en cette matière, chez nous les principes sont restés sensiblement conformes à ce qu'ils étaient dans les débuts".

445 Voy. *supra*, sp. n° 155 et 156.

446 La contradiction relevée chez l'auteur entre ses précis et ses autres écrits a déjà été révélée plus haut, n° 174.

447 C.E., Veuve Bernier, 19 février 1904, *Rec.*, 1904, p. 131 et *R.D.P.*, 1904, p. 515.

448 A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, p. 120; H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 13^e éd., 1933, p. 350.

449 A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 122.

judiciaire. M. ROMIEU estime l'intervention du juge des référés particulièrement indésirable car "Ce qu'on demande, en effet, généralement aux juges des référés, ce sont des mesures d'exécution immédiate, c'est une remise en possession, c'est une expulsion des agents de l'administration; c'est, en réalité, d'arrêter l'exécution de l'acte administratif"⁴⁵⁰. En cas de dépossession définitive, par contre, on peut actionner le juge du principal puisqu'alors il "ne paralysera pas l'exécution de l'acte administratif".

217. Un arrêt de principe. Il faut mesurer toute la portée de la décision intervenue en l'espèce. Le Tribunal des conflits, en statuant sur la compétence, n'a pas admis la légalité complète ou définitive de l'apposition des scellés, mais bien "la légalité du système de l'exécution forcée par la voie administrative dans son ensemble et, par conséquent la légalité relative, appréciée *en bloc*, de toute mesure administrative constituant une application particulière de ce système général, alors même que cette mesure serait entachée d'un vice de forme ou d'un excès de pouvoir"⁴⁵¹.

Formulé de manière plus critique : le Tribunal a reconnu "que l'administration reste dans le cercle de ses attributions quand elle s'arroge vis-à-vis des particuliers des pouvoirs de coercition dont aucun texte de loi ne détermine les conditions ni les limites"⁴⁵², sauf les cas extrêmes d'arrestation (liberté) ou de dépossession définitive (propriété), les seuls susceptibles de constituer une voie de fait et de justifier la compétence judiciaire⁴⁵³.

De manière plus simple et plus compréhensible : hormis les cas flagrants d'illégalité ou d'une gravité particulière pour la liberté et la propriété, le pouvoir judiciaire n'est pas autorisé à s'immiscer dans l'exécution administrative, même si un doute se pose quant à sa légalité.

Or, on a vu précisément que, dans l'état des textes et de la jurisprudence, seule l'intervention judiciaire permet l'intervention rapide d'une juridiction, c'est-à-dire une intervention efficace.

⁴⁵⁰ S., 1904, 3, 24. La mainlevée immédiate des scellés est considérée en l'espèce comme une manière d'empêcher l'exécution de l'acte de la puissance publique.

⁴⁵¹ J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 213.

⁴⁵² A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, p. 99.

⁴⁵³ Même dans ces cas, la jurisprudence est plutôt décevante. Certes, les tribunaux judiciaires sont traditionnellement considérés comme les gardiens de la propriété privée et de la liberté individuelle. Mais en cas de dépossession définitive, par exemple, nombreux sont les exemples qui démontrent le contraire. Nombreux sont les cas, plus exactement, lors de l'application de mesures de laïcisation de l'enseignement, où le juge judiciaire s'est estimé compétent et où le Tribunal des conflits, une fois institué, s'est prononcé de manière à préserver l'action administrative. Il s'agissait à l'époque de remplacer des congréganistes par des instituteurs laïques souvent introduits *manu militari* dans des locaux privés, parfois prêtés aux communes sous la condition expresse de logement ou d'enseignement par des religieux. Voy. notamment T.C., Frères des écoles chrétiennes, 14 janvier 1880 (2 arrêts); T.C., Fabrique de Saint-Donan, 26 mars 1898, S., 1899, III, 33. Et note M. HAURIOU au terme de laquelle : "Jamais le juge des référés n'est compétent pour entraver l'exécution d'une mesure administrative ordonnée par les lois; si des particuliers ont des droits de propriété ou d'autres droits réels à faire valoir, l'autorité judiciaire sera compétente pour statuer au fond et aussi pour accorder des indemnités; mais la mesure administrative s'exécute provisoirement jusqu'à la décision au fond, à moins qu'il n'intervienne des accords qui sont comparables à une décision au fond". Une fois un jugement au fond intervenu, en revanche, le juge des référés peut être saisi, car le principe de la séparation des fonctions doit s'incliner devant l'autorité de la chose jugée. Voy. T.C., Dame Le Coz, 7 décembre 1907, et Abbé Brunet et Bell, 29 février 1908, S., 1908, 3, 9. Voy. aussi R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 147 à 153.

En somme, le Tribunal a donné à la voie de fait une interprétation tellement stricte et étroite que l'administration est extrêmement libre dans ses mouvements lorsqu'il s'agit d'exécuter la loi. Il n'a pas autorisé comme telle l'exécution forcée, il n'en avait d'ailleurs pas la compétence. Mais il a consacré l'exécution provisoire par souci affiché d'éviter la paralysie administrative.

218. Des réactions en doctrine. La décision a pu choquer car, dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement n'a cessé de proclamer le règne de l'exécution judiciaire, tout en y dérogeant. Certes, il s'est attaché à poser des conditions très strictes au recours à la force⁴⁵⁴. Mais en exceptant le cas d'espèce dans lequel la loi n'avait pourtant prévu aucune sanction et en ne donnant surtout pas aux administrés un recours utile devant un juge bien armé. Il effectue un choix entre le juge judiciaire et le juge administratif après avoir pourtant reconnu lui-même que "la juridiction administrative n'est pas outillée pour protéger utilement les droits privés qui seraient violés d'une manière flagrante par les abus des actes d'exécution de la puissance publique; elle n'a pas, en cette matière, de juges locaux du premier degré; elle n'a pas la procédure du référé, et la lenteur relative de son intervention peut souvent rendre son efficacité illusoire"⁴⁵⁵.

La réaction doctrinale par rapport à cette jurisprudence a été multiple. On peut toutefois dégager deux grandes tendances, outre celle suivie au départ par M. HAURIOU dans son précis⁴⁵⁶, réticent à voir infirmer une théorie dont il venait d'entamer la formulation, même si c'est "seulement" par voie de conclusions.

Une première tendance, majoritaire, se dessine pour approuver la compétence exclusive du Conseil d'État en matière d'exécution administrative. Les auteurs concernés n'abandonnent toutefois pas tout esprit critique, ni parfois toute virulence.

Une partie des auteurs se limite à critiquer la jurisprudence du Conseil d'État sur le fond. En bref, ils ne sont pas décidés à tolérer le recours à des procédés d'exécution non expressément autorisés par la loi⁴⁵⁷. Mais ils ne proposent aucun remède efficace. L'indemnité "curative" est

⁴⁵⁴ ROMIEU les présente sous forme de quatre principes, dégagés à partir de trente années de jurisprudence, applicables en l'absence d'une disposition légale expresse : il faut que l'opération administrative pour laquelle l'exécution est nécessaire ait sa source dans un texte de loi précis; que, par suite de résistance à la loi ou à l'acte de puissance publique, il y ait lieu à exécution forcée; que l'absence de sanction pénale rende nécessaire l'exécution par la voie administrative; et que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi.

⁴⁵⁵ M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 21. "Il importe donc que l'exécution forcée administrative soit réservée strictement aux cas où elle est indispensable, que son domaine soit nettement circonscrit, que les conditions de son existence même soient fixées avec précision, afin qu'elle ne dégénère pas en simple voie de fait". Add. M. HAURIOU, note, *ibidem*, 20 : "Nous sommes partis à la Révolution du principe de l'indépendance du pouvoir administratif, et la force de ce principe n'est pas épuisée. C'est en lui-même qu'il faut trouver le remède. Le malheur n'est pas qu'il y ait une juridiction administrative, ni qu'elle soit compétente en ces matières; le malheur est que cette juridiction (...) soit insuffisamment outillée, et que, notamment, il n'y ait pas devant elle, pour de semblables occasions, de procédure de référé". Dans le sens de l'absence de garanties comparé à la procédure judiciaire : M. de BAUNY, note sous T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, D., 1903, 3, 43.

⁴⁵⁶ L'auteur n'est pas isolé. Il est notamment suivi par L. MICHOU ou L. CAVARÉ.

⁴⁵⁷ H. BERTHÉLEMY : "c'est un principe de notre droit public que l'administration ne puisse exercer que les

apparemment la seule issue. Leurs propos relatifs aux voies de recours sont généralement décevants⁴⁵⁸. Ils sont empreints de fatalisme. De la sorte, ils approuvent en réalité le principe de l'exécution provisoire, au moins implicitement.

D'autres auteurs dénoncent par contre le défaut d'intervention préventive d'un juge et le risque corrélatif d'abus⁴⁵⁹ (ce que J. CRUET qualifie "l'arbitraire par manque de sanction juridictionnelle"⁴⁶⁰), mais sans proposer une réelle solution.

pouvoirs qui lui sont rigoureusement conférés par la loi" (*op. cit.*, 13^e éd., 1933, p. 352 et *op. cit.*, *R.D.P.*, 1904, p. 220, article utilisé dans le traité et où le concept de souveraineté dérivée est développé par l'auteur, pp. 209 à 227). "L'acteur à qui le programme n'assigne aucun rôle ne doit pas paraître sur la scène. L'administrateur qui ne peut pas me montrer le texte où il puise l'autorité dont il se dit armé ne peut rien exiger de moi. Son pouvoir est vain, car sa fonction n'existe que par le texte. Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extralégal n'est qu'arbitraire et despotisme" (*op. cit.*, *R.D.P.*, 1904, p. 227). L'auteur en profite pour citer E. LAFERRIÈRE, mais qui s'exprime, cela est souvent perdu de vue, dans le cadre particulier de mesures exceptionnelles non prévues par la loi qui, à ses yeux, ne sont susceptibles de constituer des actes de gouvernement que lorsqu'elles sont commandées par la sûreté extérieure de l'État : "il est dans la mission du législateur de prévoir l'abus qu'on peut faire de facultés légales, de dire dans quels cas cet abus dégénère en délit ou en désordre, et de donner aux autorités administratives ou judiciaires les moyens de le prévenir ou de le réprimer. C'est ce que le législateur a fait - ou du moins est présumé avoir fait - en matière de presse, de réunions, d'associations, d'attroupements, etc. Si ce devoir de vigilance n'a pas été complètement rempli, le bon ordre peut certainement en souffrir, comme il peut souffrir de toute erreur et de toute imprévision de la loi; mais il n'en résulte pas que les autorités publiques puissent s'investir elles-mêmes de pouvoirs que le législateur a omis de leur accorder" (E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 2^e éd., T. II, 1896, pp. 44 et 45). Add. G. JÉZE (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1925, not. p. 7 et T. III, 1926, pp. 177 et s.) et L. DUGUIT (*op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1928, not. § 6) qui s'inscrivent clairement dans la même perspective en ce qui concerne l'exécution administrative. Ainsi que J. BARTHÉLEMY, "La résistance aux actes de l'autorité publique", *R.D.P.*, 1907, pp. 316 et 320.

⁴⁵⁸ L. DUGUIT, par exemple, se limite à expliquer que l'"on doit réserver à l'intéressé le droit d'attaquer l'acte invoqué par l'État et même d'obtenir une indemnité pour exécution téméraire de la part des agents publics" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1926, § 67, p. 713) ou que "Pour que l'exécution préalable ne soit pas une cause d'arbitraire intolérable à l'égard des particuliers, il importe que les recours contentieux administratifs soient fortement organisés et que la responsabilité de l'administration pour exécution téméraire soit formellement reconnue et rigoureusement sanctionnée" (T. II, 1928, § 27, p. 418). L'auteur est un défenseur de la continuité du service public. Selon lui, le Conseil d'État sanctionne chaque jour plus énergiquement l'administration en cas d'exécution préalable téméraire. Il mentionne dans ce sens l'arrêt "Zimmermann" déjà rencontré chez M. HAURIU, d'ailleurs annoté par lui. L. DUGUIT reconnaît tout de même qu'une fois l'exécution intervenue, il n'est "pas toujours possible, même par l'emploi de la force, de remettre les choses en l'état, et l'annulation est un moyen quelque peu imparfait de sanction des lois" (T. I, 1926, § 19, pp. 207 et 208). H. BARTHÉLEMY, quant à lui, prend seulement la peine de souligner que le constat de l'illégalité par le Conseil d'État précède nécessairement toute indemnité (*op. cit.*, 13^e éd., 1933, p. 351 et *op. cit.*, *R.D.P.*, 1904, p. 219).

⁴⁵⁹ J. BARTHÉLEMY se dit par exemple favorable à l'intervention du juge, mais sans paralyser l'action administrative (*op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, pp. 505 à 540, surtout p. 539). Dans le même état d'esprit, O. DUPOND souligne le caractère anormal du procédé de l'exécution administrative, tout en se félicitant clairement de la jurisprudence du Conseil d'État à l'origine de conditions strictes de "légalité" posées à l'exécution forcée par la voie administrative (*op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, pp. 349 à 353, ainsi que pp. 411 et 412), mais en déclarant tout de même expressément n'avoir pas à se "prononcer sur la question de la suppression, en tant que pure pratique administrative, de cette voie anormale, extraordinaire" (p. 411).

⁴⁶⁰ J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 7. Ce qui ne l'empêche pas d'approuver la théorie de ROMIEU (p. 211). L'exemple de l'étranger (pp. 82 et 83) sous le coup d'un ordre d'expulsion et dépourvu de recours efficace permet la comparaison avec le droit belge. Sans doute le recours au Conseil d'État pour excès de pouvoir est-il ouvert, mais il n'est pas suspensif. L'exception d'illégalité ne peut être invoquée que difficilement devant les tribunaux répressifs (encore faut-il être poursuivi) ou devant les tribunaux judiciaires (en indemnité, mais uniquement pour faute personnelle). L'auteur distingue "l'arbitraire par manque de sanction juridictionnelle" de "l'arbitraire par manque de détermination légale" (pp. 7 et s.). Il constate que l'un se superpose en général à l'autre (p. 222). Dans ses formes extrêmes, les particuliers ont connu la première jusqu'en 1872, la seconde depuis lors. Au bénéfice de

D'autres encore proposent des solutions concrètes, tel un véritable référé administratif⁴⁶¹.

Un deuxième point de vue plus ferme voit également le jour. Au-delà de la légalité nécessaire des procédés d'exécution, plusieurs auteurs s'accordent en effet pour contester en bloc la situation et préconiser le contrôle judiciaire pour éviter l'arbitraire administratif⁴⁶².

Pour A. LACOSTE⁴⁶³, "l'autorité judiciaire (...) devrait briser un acte qui a été fait par des moyens que la loi ne met point à la disposition de l'administration, et qui constitue par là même un abus de pouvoir" (p. 28); "il faut que l'individu puisse s'opposer à leur exécution" (p. 60). "En matière aussi grave (la privation de domicile privé par les scellés), il convient que les intéressés puissent détruire au plus vite le mal dont ils souffrent" (p. 67, *ad. r.*; voy. aussi p. 91 et p. 122). Au lieu de cela, M. ROMIEU organise l'absence totale de référé administratif (p. 95). A. LACOSTE compare l'action administrative au "bureau appelé à intervenir sans qu'une sentence judiciaire l'y habilite" (p. 23) et conclut son étude de la sorte : parce que l'autorité judiciaire est incompétente à l'égard des actes administratifs, "l'Exécutif peut, à l'encontre des particuliers, user de pouvoirs de coercition, dont aucun texte de loi ne détermine les conditions ni les limites" (p. 123).

219. Appréciation. En somme, il faut au moins reconnaître la légitimité des craintes formulées par les auteurs. De toute évidence, l'absence de recours utile n'était pas de nature à diminuer le risque d'arbitraire. À l'imposition de conditions, même strictes, au recours à la force en l'absence de sanctions légales, mais sans donner un interlocuteur valable à l'administré, ce dernier eût certainement préféré se voir permettre la contestation rapide du recours à la force, y compris lorsqu'elle procède d'un texte exprès.

Pour le reste, l'absence de recours utile est de toute évidence liée à l'organisation du contentieux et à l'interprétation du partage des compétences entre juridictions. Elle permet de souligner à

la caricature, "Dans le premier cas, il y a une loi, mais pas de juge; dans le second, il y a un juge, mais pas de loi" (p. 10). Jusqu'à la Troisième République, en effet, les victimes d'une mesure illégale ne pouvaient obtenir justice (annulation ou réparation) que de leur partie adverse, l'indépendance de l'administration à l'égard de toute justice valant en quelque sorte à l'égard de toute légalité. Depuis lors, en revanche, on a laissé "les rapports de l'État et des particuliers hors la loi", c'est-à-dire "en dehors du droit" (p. 7), alors que la jurisprudence est une source de droit inférieure à la loi (p. 11). Pour l'auteur, au lieu de faire le droit plutôt que de le dire (même si c'est en équité), au lieu de procéder à coups d'arrêts pour tracer les règles de droit dont la pratique révèle la nécessité, il serait désirable de les inscrire dans la loi même. D'autant que la juridiction administrative, depuis 1872, tend de plus en plus à assurer le respect de la légalité (p. 253).

⁴⁶¹ J. CRUET, *op. cit.*, 1906, pp. 215 à 219, surtout pp. 378 à 381, encore relayé par R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 185. En droit, cependant, l'auteur approuve la jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'État (p. 215). Add. J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, p. 841. À noter que M. HAURIU lui-même voit dans le référé administratif une condition de survie du recours pour excès de pouvoir, mais veut assortir la procédure d'une amende civile à la charge du requérant n'obtenant pas gain de cause, pour éviter les abus (note sous C.E., Abbé Lhuillier, 7 mars 1913, S., 1914, 3, 17; *op. cit.*, 5^e éd., 1903, introduction, p. 19).

⁴⁶² Ils omettent, semble-t-il, d'envisager un recours contentieux plus efficace, même à titre subsidiaire, ce qui était également possible et probablement plus acceptable en droit français.

⁴⁶³ A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907. Dans le même sens : A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, pp. 121 et 122. Voy. déjà M. de BAUNY, *op. cit.*, D., 1903, 3, 41, sp. 43 et 45.

nouveau le privilège de fait⁴⁶⁴ ou la "valeur pratique"⁴⁶⁵ dont bénéficie l'administration. Il lui suffit de se parer d'une apparence de légalité pour recourir à la force sans difficultés immédiates.

Combiné au fait que l'acte unilatéral est majoritaire devant le Conseil d'État, on perçoit de suite les deux éléments extérieurs au phénomène exécutoire, appelés à lui servir d'explication d'abord en doctrine, puis dans la jurisprudence : les forces obligatoire et probante de l'acte juridique. Les approximations relevées dans les premières formulations conceptuelles des privilèges l'attestent formellement. L'administration bénéficie d'un tel crédit, par manque de contrôle juridictionnel efficace, qu'il était difficile de ne pas céder à la tentation d'en déduire une présomption de légalité, pourtant non formulée par les textes, et d'en affubler l'action nécessairement unilatérale lorsqu'il s'agit de recourir à l'exécution forcée, puisqu'elle suppose par nature la résistance du sujet forcé.

2. L'analyse des formulations

220. Aperçu. La doctrine française est particulièrement riche durant la période considérée, par comparaison avec la doctrine belge quasi muette sur le sujet. Le privilège est parfois évoqué, mais sans plus. À décharge des auteurs concernés, il faut signaler l'évidence du privilège dans un système où la Couronne ne peut pas être mise au greffe.

Le privilège reste unique durant la période considérée, et il ne reçoit pas toujours le nom de privilège. Néanmoins, les expressions s'uniformisent plus ou moins. L'exécution forcée demeure le noyau dur du phénomène appréhendé, même si la proximité d'autres forces se fait de plus en plus intense.

Les éléments neufs sont la contestation qui naît à l'encontre du système et l'intervention remarquée du Conseil d'État pour maîtriser le recours administratif à la force publique⁴⁶⁶. Les

⁴⁶⁴ On en trouve des traces déjà chez M. HAURIU ou chez L. MICHOU. Ce dernier lie en effet clairement le caractère exécutoire des actes administratifs à la soumission aux voies de recours qui frappent d'ordinaire les actes administratifs. Dans ce sens, la mention du privilège du préalable comme un "véritable droit de puissance publique" emporte la compétence de la juridiction administrative (*op. cit.*, T. I, 1^{re} éd., 1906, n° 84, p. 210, 2^e éd., 1924, n° 84, p. 231, 3^e éd., 1932, n° 84, p. 231). L'association est également forte entre le privilège de l'exécution préalable et celui de la compétence des tribunaux administratifs pour les réclamations dirigées contre les actes qui constituent l'exercice de la puissance publique, tous deux "concernant la manière de faire valoir les droits" (*op. cit.*, T. II, 1^{re} éd., 1909, n° 208, p. 14, suite de la note 2, 2^e éd., 1924, n° 208, p. 73, note 2, 3^e éd., 1932, n° 208, p. 78). *Add.* L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 5; F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, pp. 12 et 264, et la différence entre l'inégalité de fait ou juridique.

⁴⁶⁵ L'expression est de R. ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, p. 18, idr : "Le caractère provisionnel des décisions administratives donne, d'autre part, une force singulière à l'action de l'autorité publique dont les actes individuels, affranchis du contrôle préalable auquel l'exception d'illégalité soumet les règlements, bénéficient d'une valeur pratique que la sanction retardée du recours en annulation ne suffit pas toujours à diminuer".

⁴⁶⁶ O. DUPOND écrit à ce propos que face aux dangers de l'exécution forcée par la voie administrative, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État "se sont efforcés de les réduire en enfermant dans des limites étroites l'exercice de cette prérogative". Sans doute "la jurisprudence administrative a admis la thèse dérogatoire à la règle

modalités de son intervention, essentiellement curative, ne suffisent toutefois pas à infléchir le principe, même si, en pratique, l'indemnisation a un effet dissuasif.

221. Les expressions rencontrées. En ce qui concerne les expressions, avant M. HAURIU et jusque dans les premières années où le "privilège du préalable" est apparu, plusieurs auteurs ont continué à utiliser, et généralisé par la même occasion, l'expression empirique de l'exécution provisoire, cette fois dégagée de la théorie du ministre-juge⁴⁶⁷, pour faire état du phénomène à l'étude duquel M. HAURIU allait consacrer une partie importante de son énergie.

À leur tête, on trouve E. LAFERRIÈRE⁴⁶⁸, pourtant souvent présenté comme un opposant au privilège de M. HAURIU⁴⁶⁹. À sa suite, des noms comme H. BERTHÉLEMY⁴⁷⁰, A. de CHABERT-OSTLAND⁴⁷¹ ou A. LACOSTE⁴⁷². Mais aussi M. le commissaire ROMIEU qui utilise notamment l'expression dans ses conclusions précédant l'arrêt du Tribunal des conflits dans l'affaire "Immobilière de Saint-Just". Il utilise également les formules de l'exécution d'office ou de l'exécution forcée par la voie administrative⁴⁷³.

Avec le recul, l'expression "privilège de l'exécution préalable" de M. HAURIU ne trompe personne quant à son origine. De provisoire, l'exécution devient préalable. Le qualificatif était déjà répandu. Et M. HAURIU ajoute au phénomène le nom de privilège, mais sans trop mesurer l'importance du terme en 1901 : aucune approche comparative ne justifie réellement

générale; mais, cette concession faite, sa théorie est devenue restrictive" (*op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 353).

⁴⁶⁷ La théorie reste influente chez certains auteurs, dont R. ALIBERT, *op. cit.*, 1926, p. 13, idr : en droit public, "l'administration se crée son titre à elle-même; elle contraint les citoyens sans recourir à aucun intermédiaire; provision est due à ses ordres, qui sont obligatoires comme des jugements".

⁴⁶⁸ Dont G. JÈZE écrit qu'il faut porter à son honneur d'avoir provoqué les "traitements vraiment scientifiques" et d'avoir véritablement imprégné la jurisprudence du Conseil d'État qu'il présida d'ailleurs durant de longues années (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1925, préface de la deuxième édition, p. XIII). S'agissant des expressions : E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), pp. 289, 290 et note 2, ainsi que 400 ("s'exécute par provision"); T. II, p. 443 (à propos de la procédure : les actes administratifs sont en toute hypothèse "exécutoires par provision", si bien que seule l'exécution volontaire faite sans réserve emporte la fin de non-recevoir). Sans oublier la mention persistante - mais qui est aujourd'hui encore la règle, si bien qu'il n'est dorénavant pas utile d'insister sur ce point dès lors que l'exécution administrative fait l'objet de développements - à différents endroits, selon les autorités ou les matières, du caractère exécutoire, parfois qualifié, d'actes déterminés. Par exemple : les décisions des conseils de préfecture sont exécutoires par eux-mêmes; aucun visa ni mandement des tribunaux, des préfets ni de toute autre autorité ne leur est nécessaire; elles emportent l'hypothèque judiciaire et les voies d'exécution de droit commun contre les parties privées (T. I, pp. 333 et 334).

⁴⁶⁹ En particulier par R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 23, et toujours sur base d'un extrait déjà cité, tiré de son contexte, soulignant la nécessité d'une loi autorisant l'action administrative dans le cadre particulier de mesures exceptionnelles non prévues par la loi qui, à ses yeux, ne sont susceptibles de constituer des actes de gouvernement que lorsqu'elles sont commandées par la sûreté extérieure de l'État. Voy. *supra*, note 457.

⁴⁷⁰ H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 13^e éd., 1933, p. 351; *op. cit.*, R.D.P., 1904, p. 219 : "Provision est due aux ordres administratifs". L'auteur ajoute : "de même qu'aux ordonnances de justice", ce qui est inadéquat pour l'époque, la théorie du ministre-juge étant définitivement révolue.

⁴⁷¹ A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 133, note 1 : le privilège du "provisoire".

⁴⁷² A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 22, 28, 59 (obéissance provisoire), 61 (bénéfice du provisoire).

⁴⁷³ S., 1904, 3, 21 ou 24. Le tribunal ne les utilise pas. J. CRUET suit M. ROMIEU sur ce point (*op. cit.*, 1906, pp. 207 à 219). Il conseille à l'administré de "se soumettre provisoirement" (p. 377).

l'expression par rapport au droit commun. Il se confirme ainsi que l'auteur n'est pas en rupture avec son temps. Il approfondit surtout la question et il propose une nouvelle expression.

Dans un premier temps, on ne peut pas dire que l'expression fasse l'unanimité, comme ultérieurement, y compris auprès des contradicteurs. Mais elle fait tout de même recette auprès d'auteurs comme R. DE LACOUR⁴⁷⁴, J. CHARMONT⁴⁷⁵, J. BARTHÉLEMY⁴⁷⁶, A. de CHABERT-OSTLAND⁴⁷⁷, L. MICHOU⁴⁷⁸, F. MOREAU⁴⁷⁹ ou L. DUGUIT⁴⁸⁰ ou, en droit belge, mais cette fois sans de réels développements, P. LECLERCQ⁴⁸¹, P. ERRERA⁴⁸²,

⁴⁷⁴ R. DE LACOUR, *La résistance aux actes de l'autorité publique*, Paris, Jouve, 1905, p. 199 : le principe de droit public de l'exécution préalable est mêlé à l'obéissance provisoire ou au provisoire qu'il faut donner aux ordres de l'autorité. Voy. aussi pp. 237, 347 et 349.

⁴⁷⁵ J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, p. 841, très inspiré de M. HAURIOU, notamment dans les exemples : "la faculté de prendre des décisions immédiatement exécutoires sans recourir à l'intervention des tribunaux".

⁴⁷⁶ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1907, p. 315 : "le principe de l'obéissance provisoire de la part des citoyens et le privilège de l'exécution préalable de la part de l'administration" (!). Du même auteur, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, p. 539 (le privilège du préalable). Le reste de l'article privilégie les expressions "exécution forcée directe" ou "exécution forcée par la voie administrative".

⁴⁷⁷ A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 133, note 1 : le privilège du "provisoire" ou de l'exécution préalable (aussi pp. 134 et 135), référence expresse étant faite à M. HAURIOU. À titre personnel, l'auteur préfère toutefois des expressions plus classiques, telles l'exécution d'office (not. pp. 64 et s.) ou l'exécution forcée par la voie administrative (sp. pp. 117 à 125).

⁴⁷⁸ L'auteur réfère directement, uniquement et entièrement à M. HAURIOU, sans que la référence soit actualisée dans les versions successives de son ouvrage remanié par L. TROTABAS. Il indique en effet que les établissements publics "jouissent, dans les contestations, assez souvent, du *privilège du préalable*, tel que M. HAURIOU l'a décrit" (L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, T. I, Paris, L.G.D.J., 1^{re} éd., 1906, n° 86, p. 218, 2^e éd., 1924, n° 86, p. 239, 3^e éd., 1932, n° 86, p. 247). Mais la référence à la 5^e éd. du précis de M. HAURIOU et aux deux prérogatives qu'il distingue alors au sein dudit privilège, est constante dans les trois éditions, simplement assorties d'un renvoi aux 10^e et 11^e éd. successivement, alors que la distinction a depuis lors disparue. Par contre, la référence en index au privilège du préalable disparaît dans la troisième édition. Le privilège du préalable est assimilé au privilège de l'exécution préalable. Quant à l'idée d'obéissance, elle n'est évidemment pas loin (L. MICHOU, *op. cit.*, T. II, 3^e éd., 1932, n° 206, p. 72).

⁴⁷⁹ F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, nos 131 et 132, pp. 139 à 141. L'auteur suit pour l'essentiel la théorie de M. HAURIOU. Mais le "privilège" expressément mentionné ne reçoit pas le qualificatif attendu. Il est seulement question de la force exécutoire des actes administratifs, à côté de la prérogative de l'initiative des actes.

⁴⁸⁰ L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 66, p. 713 (comp. § 51, p. 551) et T. II, 1928, § 27c, pp. 417 et 418 (le privilège ou bénéfice de l'exécution préalable).

⁴⁸¹ Concl. conf. proc. gén. P. LECLERCQ, alors av. gén., préc. Cass., 14 juin 1915, *Pas.*, 1916, I, 330, note 1, dans laquelle l'auteur cite seulement L. MICHOU à l'appui de son raisonnement qui vise à établir l'inconsistance de la distinction de deux personnes au sein de l'État. L'extrait vise à établir que, même dans la gestion des droits privés ou patrimoniaux, "l'État se réserve ou peut se réserver certains privilèges s'il les estime nécessaires aux intérêts généraux qu'il représente : *privilège du préalable*, privilège de ne pas subir sur ses biens l'exécution forcée, dans certains cas exceptionnels, privilège de la compétence administrative pour les contestations sur ses contrats de droit privé" (t. II, p. 76) (id.).

⁴⁸² P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, p. 278, § 180. L'auteur utilise les termes de "l'exécution préalable" pour qualifier le second privilège de l'État dans ses relations juridiques avec les particuliers, et ce dans la première partie de son traité de droit public belge consacrée au droit constitutionnel. Cette partie comporte en réalité les développements généraux du droit administratif, ce qui explique pourquoi le privilège y figure. La deuxième partie (Droit administratif) est une juxtaposition de réglementations particulières. À noter que le premier privilège est, pour l'auteur, l'immunité d'exécution.

ou encore M. CAPART⁴⁸³ 484. Même G. JÈZE⁴⁸⁵, qui souhaite rejeter en bloc ce genre d'expressions, telles les prérogatives de la puissance publique ou le pouvoir d'action d'office, ne parvient pas à les éviter. Par contre, ni M. ROMIEU ni M. HAURIOU n'en font état à l'occasion de l'affaire "Immobilière de Saint-Just". Finalement, d'autres auteurs, tels O. ORBAN⁴⁸⁶ ou O. DUPOND⁴⁸⁷, plus tard L. MOUREAU⁴⁸⁸, se limitent à des expressions comme l'*exécution d'office*, l'exécution forcée par la voie administrative, l'exécution préalable ou encore l'exécution parée. L. CAVARÉ⁴⁸⁹ retient la "procédure par décision exécutoire". "L'exécution directe"⁴⁹⁰ est parfois rencontrée.

222. Le noyau dur de l'exécution forcée. Nul doute que le phénomène visé par les expressions relevées se rapporte à l'exécution forcée administrative.

⁴⁸³ M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 244, p. 347. L'auteur énonce seulement le "bénéfice de l'exécution préalable" et mentionne ensuite l'existence d'un "autre privilège" au profit de l'administration. Pour l'auteur, le privilège découle de la puissance publique selon une théorie traditionnelle (tendant à être contestée) au moment d'exposer les théories relatives à la responsabilité de l'administration. Dans la deuxième partie de son ouvrage, l'auteur fait longuement état de la dualité de l'action administrative et des théories tendant à la renverser. Les propos de l'auteur témoignent toutefois d'une incertitude encore présente à l'époque et qu'il tente précisément de systématiser, notamment à l'aide de schémas. Cette partie disparaît dans la 5^e éd. résumée de 1950.

⁴⁸⁴ À noter que P. ERRERA et M. CAPART se penchent sur l'exécution préalable dans le cadre de la responsabilité de l'administration, ce qui est évidemment très éloquent quant aux liens étroits qui rejoignent les questions de la responsabilité et de l'exécution administrative. Ce qui confirme aussi l'indéfectible lien qui unit les deux questions au contrôle administratif et à ses modalités. Quant à M. VAUTHIER, il n'est pas possible d'en tirer grand chose. L'auteur confond la police en général et la contrainte dont il mentionne bien l'utilisation de la "contrainte directe", sans plus, à un endroit (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 25, p. 40; il s'agit de la mise à jour par Marcel VAUTHIER du précis écrit par son père, Maurice VAUTHIER).

⁴⁸⁵ Ainsi : des décisions qui sont "exécutoires par elles-mêmes" (G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1925, p. 77); les actes irréguliers mais non inexistantes "produisent provisoirement leurs effets" (p. 79, note 4); le principe de l'obéissance provisoire et le privilège de l'exécution préalable sont mentionnés à travers un extrait de J. BARTHÉLEMY (T. I, p. 345, note 1); il n'y a pas de service public possible si, par comparaison avec le droit privé, avant d'obéir aux ordres des autorités publiques, les individus peuvent exiger autre chose que les apparences de la régularité (T. III, 1926, p. 189).

⁴⁸⁶ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2 : l'exécution d'office et l'exécution parée. Son enseignement est toutefois directement inspiré du dictionnaire d'A. GIRON, dont il mentionne au demeurant la référence à l'exécution parée, de surcroît dans une seconde édition de son précis. L'auteur aborde la question au moment de traiter, en introduction, des sanctions du droit administratif (n° 5, pp. 10 à 13 et surtout p. 12, premier paragraphe). Selon l'auteur, tous les textes de droit administratif rentrant dans les lois et règlements de police permettent la coercition, édictent des commandements ou des défenses à respecter, sous peine, en cas de résistance, d'y être contraint au besoin par la force. L'auteur utilise d'autres notions comparables au moment de définir l'acte administratif. Il distingue l'acte d'autorité de l'acte de gestion en s'inspirant du droit français (n° 221, pp. 250 et s.).

⁴⁸⁷ O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925 : l'exécution forcée par la voie administrative (généralement), l'exécution d'office (p. 352), l'action (coercitive) directe (p. 357).

⁴⁸⁸ L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 144, l'exécution préalable (malgré l'apparition de la décision exécutoire).

⁴⁸⁹ L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, pp. 1 à 10. Néanmoins, en plus de l'exécution forcée, les expressions action d'office ou exécution d'office sont également utilisées plus loin dans l'ouvrage, not. pp. 45, 49, etc. Et même p. 62 : la "procédure de l'exécution d'office".

⁴⁹⁰ Concl. M. l'av. gén. VAN SCHOOR préc. Cass., 2 mai 1901, *Pas.*, 1901, I, 218; *R.A.*, 1901, p. 439 : "exécuter directement".

En témoignent plusieurs titres d'articles et monographies⁴⁹¹, de même que ceux apparus dans les précis lorsque la question est abordée, chez des auteurs comme F. MOREAU⁴⁹², H. BERTHÉLEMY⁴⁹³, G. JÈZE⁴⁹⁴ ou encore L. DUGUIT⁴⁹⁵.

Quant au contenu, il est parfois très explicite⁴⁹⁶. F. MOREAU soutient que l'acte administratif exécutoire "légitime tous les actes matériels d'exécution"⁴⁹⁷ ou tous les effets matériels. H. BERTHÉLEMY évoque l'expulsion *manu militari* comme "un acte normal de police judiciaire"⁴⁹⁸. Selon G. JÈZE, "si l'individu ne fournit pas la prestation qu'on lui réclame, on emploiera contre lui la force"⁴⁹⁹. La force publique ou matérielle ressort encore nettement des écrits de L. DUGUIT⁵⁰⁰, de J. CRUET⁵⁰¹ et d'O. ORBAN⁵⁰², et même des *Pandectes belges*⁵⁰³.

223. Des confusions. Cependant, la période n'est pas exempte d'une certaine confusion encore latente. Elle va toujours dans le même sens, à savoir entre la force exécutoire, clairement au centre des préoccupations, d'une part, et les forces obligatoires et probantes, d'autre part. On peut même écrire que la confusion se prononce durant cette période, avec l'affirmation en jurisprudence française selon laquelle l'apparence d'une exécution administrative, par nature unilatérale, suffit à en permettre la réalisation immédiate. Une situation de fait est créée par le droit. Et la doctrine, par une tendance naturelle, tente de l'affubler d'attributs liés au droit.

On a de la sorte relevé, en ce qui concerne la proximité de la force obligatoire - qui n'a donc pas lieu exclusivement dans les écrits de M. HAURIOU -, le peu de rigueur de F. MOREAU pour

491 Voy. ci-dessus, sp. note 434. *Add. not. A.* de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, pp. 117 et s. : l'exécution forcée par la voie administrative.

492 F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 132, pp. 140 et 141, sous le titre de force exécutoire des actes administratifs, prérogative de l'administration.

493 H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 13^e éd., 1933, p. 349, à propos des congréganistes sous le régime des associations, "Exécution de la loi" et procédés de dispersion.

494 G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. III, 1930, p. 157 : "Les principaux modes de collaboration forcée; le caractère commun : la manifestation unilatérale de volonté".

495 L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1928, § 6 : "La force matérielle des gouvernants".

496 Rem. toutefois L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, comp. pp. 3 et not. 4 : d'une part, la décision est exécutoire par elle-même, sans passer par le juge ou le notaire, par laquelle l'administration réalise elle-même ses intérêts et ses droits; mais, d'autre part, l'administration ne va que parfois plus loin, jusqu'à la contrainte physique, l'exécution forcée. R. ALIBERT, en revanche, parle sans précision de "contrainte unilatérale", mais tout de même de "force exécutoire par provision" : *op. cit.*, 1926, resp. pp. 13 et 19.

497 F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, resp. n° 125, p. 132 et n° 132, p. 140.

498 H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 13^e éd., 1933, p. 350.

499 G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. III, 1930, p. 159.

500 L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 66, pp. 712 et 713 (force matérielle).

501 J. CRUET, *op. cit.*, 1906 : "L'État, investi de la puissance coercitive, procède naturellement, non par des contrats préalablement discutés, mais par des actes spontanés, unilatéraux, immédiatement exécutoires" (p. 7); toutes les décisions administratives auraient par elles-mêmes la force exécutoire (p. 364).

502 O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12 : "l'emploi éventuel de la contrainte, de la force publique pour en assurer la réalisation".

503 *Pandectes b.*, T. 78, 1904, "Pouvoir exécutif", col. 586, n° 11 : en cas de résistance, le pouvoir exécutif dispose du moyen de la vaincre; il dispose de la force publique.

lequel l'acte administratif exécutoire "produit tous les effets de droit dont il est susceptible et il légitime tous les actes matériels d'exécution"⁵⁰⁴; "l'acte administratif, sans intervention d'aucun juge, produit ou est susceptible de produire tous ses effets juridiques ou matériels" (n° 132, p. 140). L'intervention du juge s'étend donc à la force obligatoire et au "pouvoir de commander" (n° 130, p. 138) qui rapproche le privilège de l'action unilatérale. L'acte unilatéral est d'ailleurs présenté comme ce qui distingue l'acte d'autorité de l'acte de gestion (n° 128, p. 134). Le même mouvement se retrouve chez L. DUGUIT⁵⁰⁵ pour qui la puissance de contraindre comporte à la fois le pouvoir de donner des ordres et celui de mettre en mouvement une puissance de contrainte irrésistible pour assurer l'exécution des ordres donnés. Il transparaît encore plus clairement chez G. JÈZE pour lequel ce qui distingue la collaboration volontaire de la collaboration forcée au service public dans le chef de l'administré, c'est que, dans le second cas, "la manifestation de volonté est unilatérale"⁵⁰⁶.

La présomption de légalité est encore plus intimement associée au privilège. E. LAFERRIÈRE écrit dans ce sens que, "Par suite des mêmes nécessités administratives"⁵⁰⁷, la décision ministérielle attaquée est réputée bonne et valable tant qu'elle n'a pas été annulée ou réformée par le juge compétent; elle s'exécute par provision, comme toutes les décisions administratives de quelque autorité qu'elles émanent, sous réserve du droit de sursis qui appartient au Conseil d'État"⁵⁰⁸. Des propos similaires ont été relevés chez H. BERTHÉLEMY⁵⁰⁹, R. DE

504 F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 125, p. 132. Voy. aussi J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 373, idr : les actes administratifs, "comme les jugements des tribunaux, s'imposent à tous jusqu'à leur annulation par le juge compétent".

505 L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 50, p. 543. Voy. aussi § 51, p. 551. Ou encore § 66, pp. 712 et 713 : "L'État bénéficiaire d'une situation de droit et maître en même temps de la force matérielle pour la réaliser, pourra spontanément employer directement cette puissance de contrainte malgré les protestations du sujet passif. (...) Il est l'État; son but est de réaliser le droit; et lorsqu'il prétend l'existence d'une situation juridique à son profit, il est parfaitement légitime de lui reconnaître le bénéfice de l'exécution préalable". À noter que le privilège de fait est directement lié à la disposition organique de la contrainte : "les gouvernants ne sont vraiment des gouvernants que lorsqu'ils peuvent, en fait, mettre en mouvement une force matérielle, une puissance de contrainte. (...) C'est la différence de fait existant entre la volonté des gouvernés et la volonté des gouvernants. La volonté des gouvernants est de même nature et de même qualité que la volonté des gouvernés; elle n'a pas une force intrinsèque supérieure. Mais elle dispose d'une force matérielle, d'une puissance de contrainte qu'elle peut mettre directement en mouvement pour assurer la réalisation de ses manifestations" (T. III, § 6, pp. 45 et 46), même si elle est limitée par le droit. Car "Si le droit sans la force est impuissance et par conséquent n'est pas une puissance étatique, la force sans le droit est la barbarie" (p. 47). D'une part, l'acte de contrainte matérielle doit être la conséquence d'un acte juridique individuel. Et, d'autre part, l'acte de contrainte doit respecter les limites fixées par la loi (pp. 49 et 50).

506 G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. III, 1930, p. 161. Ou encore T. I, 1925, p. 7 : déterminer la compétence d'un agent (comparée à la capacité d'un individu) revient à déterminer "ce que pour la juridiquement vouloir l'individu ou l'agent, dans quelles conditions (...) il devra vouloir pour que la manifestation de sa volonté ait une valeur juridique, c'est-à-dire ordinairement pour que la force publique, les agents de la force publique viennent, au cas d'inexécution, réaliser les effets juridiques voulus. (...) Ce que l'individu veut dans le cercle de sa compétence, le droit s'efforce d'en assurer la réalisation, au besoin par l'usage de la force".

507 Pour l'essentiel, il faut que le ministre puisse prendre parti sur les questions d'opportunité (purement administratives) comme sur les questions de droit et de justice (contentieuses), pour administrer, sous peine d'être paralysé "s'il était obligé de se retirer devant un juge ou d'attendre qu'on l'y appelle, toutes les fois que son action se heurte à une réclamation contentieuse" (E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 399).

508 E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 400.

509 H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, 1912, p. 219. L'auteur met clairement l'accent sur le fait que la réparation d'une illégalité n'est pas envisageable tant que le juge administratif ne l'a pas établie : l'exercice de la puissance

LACOUR⁵¹⁰, A. de CHABERT-OSTLAND⁵¹¹ ou J. BARTHÉLEMY : les actes des agents de l'autorité publique "doivent jouir d'une présomption de légalité. D'où le principe de l'obéissance provisoire de la part des citoyens et le privilège de l'exécution préalable de la part de l'administration"⁵¹². La présomption justifie de la sorte le privilège (!) pour se confondre avec lui plus tard, selon toute vraisemblance. Plus fort encore avec F. MOREAU : "La forme authentique et la force exécutoire sont procurées par la seule intervention d'un agent administratif"⁵¹³.

A. LACOSTE est sans doute l'auteur qui met le plus à jour la tendance de l'époque à trouver dans les forces obligatoire et probante les justifications de la force exécutoire administrative. Pour l'auteur, si la seule existence d'un ordre suffit à lui devoir une obéissance provisoire, "avec les textes nombreux qui depuis un siècle ont armé la puissance publique contre les citoyens, un administrateur habile découvrira toujours aisément celui qui peut colorer ses entreprises contre la liberté individuelle, et fournir l'apparence de la légalité"⁵¹⁴ nécessaire à "l'exercice présumé régulier de la puissance publique" (p. 86). La jurisprudence administrative consacre le "dogme de l'acte administratif intangible" (p. 97). En pratique, l'administration peut s'accorder elle-même les moyens que la loi ne prévoit pas en invoquant la règle de l'exécution provisoire, en prétextant que "provision est due aux actes de l'administration" et qu'elle ne fait que mettre en œuvre la volonté du législateur (p. 28).

224. L'absence de comparaison avec le droit commun en matière d'exécution. La comparaison avec le droit commun prend à l'époque une réelle dimension, principalement chez des auteurs comme L. DUGUIT et G. JÈZE, farouches opposants à la personnalité de l'État. Les deux auteurs étudient l'acte administratif comme un acte juridique à part entière. À la différence de M. HAURIOU, ils refusent d'y voir un acte juridique nécessairement spécifique.

Il faut souligner que le climat est propice à la démarche. Depuis l'arrêt "Blanco", surtout, le Conseil d'État construit ses théories en s'inspirant librement du droit privé. La terminologie l'atteste par l'ajout du qualificatif "administratif", parfois des termes "de droit public", à toute une série d'institutions de droit privé. En témoigne l'expression devenue courante "l'exécution forcée (par la voie) administrative" pour ce qui est du privilège⁵¹⁵.

publique s'en trouve "présupposé régulier".

⁵¹⁰ R. DE LACOUR, *op. cit.*, 1905, pp. 199, 211, 264, 337, 347 et 349. La présomption (réfragable) de légalité est souvent associée à l'exécution préalable, dans certains cas pour la justifier.

⁵¹¹ A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 133, pour définir le privilège de l'exécution préalable : "c'est du côté de l'administration qu'est présumé se trouver le droit".

⁵¹² J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1907, p. 315, idr.

⁵¹³ F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 127, p. 134.

⁵¹⁴ A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 60 et 61, idr. Voy. aussi pp. 50, 59, 66 et 67. L'auteur glisse également que "le recours formé contre un acte de volonté unilatéral d'un agent, est toujours un recours administratif" (p. 85).

⁵¹⁵ Rem. aussi la tutelle administrative, le contrat administratif, la puissance publique, le mandat de droit public, etc. Voy. G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1925, préface de la deuxième édition, pp. XV à XVIII. L'auteur voit un danger dans l'utilisation de ces termes et préconise l'invention de mots nouveaux, complètement appropriés aux besoins du droit public.

Néanmoins, l'optique de base reste la différence et non le privilège. Il s'agit de "faire apparaître que les choses ne se passent pas identiquement en droit privé et en droit public"⁵¹⁶.

Quant à l'exécution administrative et au privilège de l'exécution préalable, ils semblent avoir échappé à la nouvelle tendance. À l'époque, les esprits n'étaient pas prêts à imaginer une comparaison dans la matière. C'est d'ailleurs une constante à travers l'histoire du droit administratif. Elle justifie aujourd'hui le travail entrepris⁵¹⁷.

225. Le point de vue de G. JÈZE. Dans son précis, G. JÈZE⁵¹⁸ met véritablement en exergue "le principe capital" selon lequel les théories générales de droit public doivent être construites : Le juge administratif doit s'inspirer seulement des idées générales des textes privés en les combinant avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics pour dégager des règles spéciales. Mais, au lieu d'appliquer le procédé en ce qui concerne l'exécution administrative, comme il le fait à propos de la responsabilité ou de la compétence, il a placé celle-ci juste avant l'exposé du principe et omet d'aborder le sujet en prétextant que "de plus en plus, l'idée de force est reléguée au second plan" (p. 159).

Le paradoxe est saisissant. D'un côté, l'auteur reconnaît que "le bâton est derrière la porte" (p. 159) et que les cas de collaboration forcée sont "tellement nombreux que, pour certains auteurs, le droit public d'un pays n'est pas autre chose que le régime juridique de cette collaboration forcée. (...) qu'il n'y a pas de service public pour lequel nous ne trouvions pas de collaboration forcée" (pp. 157 et 158). En même temps, du côté opposé, il rejette l'idée d'obéissance aux ordres de l'autorité, de même que toutes les "théories spéciales construites pour expliquer et justifier l'action des agents administratifs"⁵¹⁹ ("théories des actes de souveraineté, de puissance publique, des actes d'autorité, des actes de commandement, des prérogatives de la puissance publique, des droits régaliens de l'État, des droits de puissance publique, du pouvoir administratif, du pouvoir d'action d'office") (p. 158) pour le simple motif qu'elles "ne correspondent (raient) plus aux faits actuels" (p. 158) et que "Le recours à la violence est (devenu) tout à fait exceptionnel" (p. 159)⁵²⁰ dans "un milieu démocratique" (p. 160).

Le changement des mentalités suffit-il à changer le fond du droit ? Avec L. DUGUIT, l'auteur prétend que l'on est passé du pouvoir de commander à l'obligation d'agir pratiquement (p. 160, note 1). Il va jusqu'à défendre que l'obéissance, ou plutôt la collaboration volontaire à l'action administrative, transforme cette dernière en un accord de volontés (p. 161).

⁵¹⁶ G. JÈZE, "De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux", R.D.P., 1914, § 1^{er}, p. 319.

⁵¹⁷ Voy. à cet égard *supra*, n° 107.

⁵¹⁸ G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. III, 1930, pp. 158 et 159.

⁵¹⁹ "Pour ma part, je repousse ces expressions et les théories justificatives" (p. 158).

⁵²⁰ "Sans doute, il y a collaboration forcée, en ce sens que si l'individu ne fournit pas la prestation qu'on lui réclame, on emploiera contre lui la force. Mais de plus en plus, l'idée de force est reléguée au second plan. En fait, les individus fournissent leur collaboration dès qu'ils en sont requis, sans qu'il soit besoin d'user de la contrainte" grâce à l'instruction publique et l'éducation civique. L. DUGUIT répondrait à cela que sans doute "le plus souvent, ils (les ordres) seront obéis sans que la puissance de contraindre intervienne. Mais cela est précisément un fait de puissance, la crainte qu'elle inspire" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 50, p. 547).

226. Le point de vue de L. DUGUIT. L. DUGUIT fait, pour son époque, le plus de rapprochements avec le droit privé⁵²¹. Mais il excepte l'exécution administrative de sa démarche. Il le fait différemment de G. JÈZE car, au lieu d'éviter la question, il y voit la différence avec le droit privé. Selon lui, l'unique différence *naturelle* avec le droit privé concerne précisément le mode de sanction du droit (§ 66).

Il faut souligner l'apport de l'auteur est essentiellement philosophique. Son but n'est pas l'étude des règles matérielles, mais la reconnaissance d'une conception objective de la prérogative. À son estime, il faut cesser de percevoir la prérogative comme un véritable droit subjectif de puissance publique existant dans le chef d'une personne publique supérieure⁵²², et la considérer plutôt en tant qu'aménagement objectif du droit. De la sorte, c'est uniquement en vertu du droit objectif et non par nature ou par la seule volonté du gouvernant déclarant (de l'agent)⁵²³ que l'acte public est surtout unilatéral (§ 65). Mais, au lieu de poursuivre son raisonnement jusqu'à l'exécution de l'acte unilatéral et malgré des propos encourageants qui auraient pu mener à une conclusion différente⁵²⁴, L. DUGUIT considère que le monopole de la contrainte est par définition et par nature étatique, et qu'ainsi il justifie une "situation spéciale du fait de sa nature même", à savoir le privilège de l'exécution préalable (§ 66, pp. 712 et 713)⁵²⁵.

521 Ce qui lui a valu de M. HAURIU le surnom d' "anarchiste de la chaire" (L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 5, p. 37). Selon M. HAURIU, "M. DUGUIT se défend d'être anarchiste, parce que, dit-il, les anarchistes sont des individualistes et qu'il est plutôt socialiste. Nous craignons bien qu'il n'ait réalisé le tour de force d'être à la fois socialiste et anarchiste" (M. HAURIU, *op. cit.*, *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, p. 40).

522 Comp. la conception égalitaire de l'obéissance, et donc du droit administratif de l'exécution, développée par J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1907, p. 319, et ce même si l'auteur reconnaît son caractère principalement théorique : "La résistance sans violence n'est qu'une simple non obéissance; or on conçoit que l'obéissance soit un devoir lorsqu'un lien de droit unit celui qui donne l'ordre à celui à qui il est adressé : par exemple, la désobéissance d'un fonctionnaire peut être punie. - Mais le gouverné n'est pas l'inférieur du gouvernant; le gouvernant est simplement investi de la plus grande force politique : cette plus grande force lui impose des devoirs, mais ne lui impose aucun droit : le gouverné ne s'est nullement engagé à lui obéir, et il n'y a pas de droit supérieur qui l'y oblige. Il peut donc conserver une attitude passive jusqu'à ce que l'obéissance lui soit imposée par la force".

523 Au sens de L. DUGUIT, l'État est une abstraction; la réalité ce sont les gouvernants, c'est-à-dire les individus qui détiennent dans un groupement donné la puissance de contrainte matérielle. "Voilà ce qu'il ne faut jamais perdre de vue quand on étudie le droit public, quand on veut déterminer son domaine et le distinguer du droit privé" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 66, p. 703). Or, "il arrive toujours un moment où les constitutions n'ont d'autre sanction que la loyauté des hommes qui les appliquent" (p. 711).

524 L. DUGUIT écrit en effet que l'on "oublie que même lorsque les particuliers font un contrat à la suite duquel naît une situation de droit, celle-ci consiste toujours dans l'ouverture d'une voie de droit, ce qui implique l'obligation pour le détenteur de la force, pour les gouvernants, pour l'État, d'intervenir, si besoin est, afin d'assurer la réalisation de cette situation. Or, si l'État est souverain et si c'est la volonté du particulier qui est la cause efficace de la situation juridique, on ne comprend pas comment elle peut par sa seule force faire naître cette obligation contre l'État, qu'il y ait contrat ou simplement un acte unilatéral. On ne peut le comprendre que si d'avance l'État a déclaré qu'il sanctionnera les actes unilatéraux et rien ne s'oppose à ce que les particuliers fassent, dans les conditions déterminées par le droit objectif, des actes unilatéraux à la suite desquels une voie de droit est ouverte" (*op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 65, p. 696), par exemple en matière de police ou de justice (T. II, 1928, § 26, p. 350; v. égal. p. 354 et § 27). Que l'État fasse des actes unilatéraux ou des actes contractuels, ils ne tirent pas leur valeur et leur force de la souveraineté, mais du droit objectif (T. I, 1927, § 65, p. 697). *Add.* L. DUGUIT, "L'acte administratif et l'acte juridictionnel", *R.D.P.*, 1906, p. 424.

525 De même que l'intervention de l'État pour procéder à une exécution forcée et l'impossibilité d'utiliser la contrainte contre lui-même. À noter que, selon l'auteur, on a tenté de justifier cette dernière règle notamment par le principe de la continuité du service public (il le fait lui-même T. II, 1928, § 27c, p. 417). "Tout cela est

La comparaison attendue devient ainsi une différence commandée par l'arrêt "Blanco", mais non constitutive d'un privilège au sens propre et réduite à sa plus simple expression. Au privilège du préalable de l'État, L. DUGUIT oppose seulement la situation du particulier qui doit s'adresser à l'État pour obtenir une décision juridictionnelle s'il veut ramener à exécution par la force une situation de droit dont il est bénéficiaire⁵²⁶.

227. Autres points de vue. Plusieurs auteurs⁵²⁷ s'inscrivent encore dans la même logique également pratiquée, on s'en souvient, mais de manière peu heureuse, par M. HAURIU⁵²⁸. On citera F. MOREAU⁵²⁹, L. MICHOU⁵³⁰ et L. CAVARÉ⁵³¹.

Peu à peu, de la sorte, le consensus se forge autour du véritable critère ou contenu du privilège (même s'il n'est pas nommé) : l'exécution forcée sans l'intervention préalable d'aucun juge⁵³².

assuré exact. Mais l'essentiel est que, l'État monopolisant la contrainte, celle-ci ne peut être employée contre lui, et de ce fait la situation juridique acquiert un caractère particulier" (T. I, 1926, § 66, p. 712).

526 L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 66, pp. 712 et 713. La démarche comparative suivie au titre II n'en est que plus intéressante. À noter que l'auteur conditionne l'intervention d'une décision juridictionnelle à la contestation de l'existence et de l'étendue de la situation de droit.

527 Voy. l'approche intéressante, même si elle n'est pas réellement comparative, de J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, pp. 505 à 540, surtout exploitée au titre II. Voy. encore O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 348; R. ALIBERT, *op. cit.*, 1926, p. 13.

528 Rem. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 35, également 10^e éd., 1921, p. 46, isolant délibérément les règles civiles et administratives dans l'attente de règles spécifiques à l'exécution administrative : "Le droit administratif se place au point de vue de l'exercice des droits, tandis que le droit civil se place plutôt au point de vue de la jouissance des droits. Cela tient à ce que les administrations publiques exerçant elles-mêmes leurs droits par la procédure de l'action d'office, cet exercice des droits apparaît comme plus important que la jouissance des droits; au contraire, dans le droit civil, les particuliers n'exerçant en principe leurs droits que par le moyen de l'action en justice, cet exercice des droits a pu être séparé de la jouissance des droits et relégué dans le Code de procédure, le droit civil ne retenant que le point de vue de la jouissance des droits. En somme, on peut dire que, dans le droit administratif, le point de vue des règles de fond et celui des procédures d'exécution ne sont pas encore séparées, tandis qu'ils le sont dans le droit civil".

529 F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 130, pp. 137 et 138. L'auteur est toutefois opposé à M. HAURIU sur ce point.

530 L. MICHOU, *op. cit.*, T. II, 1^{re} éd., 1909, n° 173.2°, pp. 10 et 11, note 2, 2^e éd., 1924, n° 173.2°, p. 10, note 1, 3^e éd., 1932, n° 173.2°, p. 11, note 1. La perspective suivie par l'auteur le commande. Il tente d'identifier un certain nombre de critères déterminants différenciant les personnes morales selon qu'elles relèvent du droit privé ou du droit public.

531 L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 3.

532 L. MICHOU, *op. cit.*, T. II, 1^{re} éd., 1909, n° 208, p. 74, suite de la note 2, 2^e éd., 1924, n° 208, p. 73, note 2, 3^e éd., 1932, n° 208, p. 78 (la condamnation de la partie adverse); F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 132, p. 140 (le commandement); R. ALIBERT, *op. cit.*, 1926, p. 13; L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 66, p. 712 et 713 (l'exécution par la force après reconnaissance de l'existence et de l'étendue de la situation de droit); G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1930, p. 230 (l'emploi direct de la force). À noter qu'H. BERTHÉLEMY renvoie aux conclusions de ROMIEU sur ce point (*op. cit.*, 13^e éd., 1933, note 3, pp. 352 et 353). Lui-même énonce seulement la compétence limitée de l'administration, de laquelle on peut déduire implicitement le passage obligé par le juge. À noter la réflexion d'E. LAFERRIÈRE à propos des décisions des autorités inférieures au ministre qui sont susceptibles d'un recours direct devant le Conseil d'État même "lorsqu'elles ont le caractère d'actes administratifs exécutoires par eux-mêmes sans avoir besoin de sanction ministérielle" (*op. cit.*, 1887 (1889), T. II, p. 420). On peut encore mentionner J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, pp. 529 et s.; O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 347. En droit belge, mais *a contrario* : O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2.

Par contre, le pli n'est pas encore réellement pris d'associer expressément à l'exécution préalable le caractère selon lequel la formation du recours contentieux n'arrête pas l'exécution⁵³³, à moins que le Tribunal ne le décide expressément (le sursis) ou d'une disposition légale expressément contraire. Mais il faut reconnaître que la seule formulation véritablement approfondie à l'égard de l'exécution administrative, durant la première moitié du dix-neuvième siècle, est celle de M. HAURIU. Or, l'auteur, quant à lui, met clairement l'élément en avant.

B. La crise du privilège (de 1945 à nos jours)

228. Le contexte. Au milieu du vingtième siècle, les constructions doctrinales vont, de manière générale, connaître une crise sans précédent en droit administratif.

Depuis le début du siècle, la jurisprudence s'est progressivement départie des catégories juridiques qui faisaient jusque-là l'unanimité⁵³⁴. La doctrine lui a emboîté le pas⁵³⁵. De telle manière qu'au milieu du siècle, l'état réel du droit ne correspond plus aux grandes systématisations⁵³⁶.

Aujourd'hui, écrit M. WALINE, "tout se passe comme si théoriciens et praticiens se résignent à un certain empirisme, en faisant confiance à la jurisprudence conjuguée du Tribunal des Conflits, du Conseil d'État et de la Cour de cassation pour tracer, sans se confronter à des principes rigides, la délimitation des contentieux et celle du champ d'application des théories propres du droit administratif"⁵³⁷.

Le privilège de l'exécution provisoire⁵³⁸ n'échappe pas à la règle. Concrètement, il perd son caractère général déjà critiqué par le passé, voire même son statut de privilège⁵³⁹. Tel est du moins le cas pour une partie considérable de la doctrine moderne qui prétend n'en trouver

aucune trace en droit positif⁵⁴⁰. Tel est aussi le cas - ce qui est plus important encore - pour la jurisprudence qui, depuis 1902, a été employée à maîtriser l'exécution administrative.

À l'inverse de la doctrine, il faut signaler la constance de la jurisprudence à cet égard, depuis le début du siècle et durant toute la période conceptuelle concernée. Manifestement, la jurisprudence a précédé la doctrine. Elle est d'ailleurs à l'origine d'une crise essentiellement doctrinale du droit administratif⁵⁴¹. Par le passé, les auteurs se seraient attachés trop rapidement à "faire des systèmes"⁵⁴². Avant de se prononcer, ils n'auraient pas laissé le temps suffisant à la jurisprudence naissante pour affronter la réalité administrative sous tous ses aspects.

229. L'émergence de deux privilèges. Force est de constater qu'à la même époque deux privilèges émergent définitivement.

Sans doute faut-il y voir la conséquence, même indirecte, des critiques assénées dès 1945 au privilège encore unique jusque-là. Mais il est très difficile d'évaluer l'impact d'une critique sur le reste de la doctrine, ne fût-ce que parce qu'il faudrait, pour l'évaluer, consulter les versions successives de tous les traités et précis écrits à l'époque. Or, il est déjà fastidieux de consulter les dernières versions des auteurs les plus importants pour dégager tout au plus des tendances. En droit français, surtout, la doctrine est en effet pléthorique. C'est qu'il s'agit de concepts fondamentaux en droit administratif, quasi incontournables pour de nombreux auteurs. L'importance de la documentation commande ainsi la synthèse⁵⁴³, de même qu'un usage soutenu des notes de bas de page⁵⁴⁴.

Cela dit, l'émergence de deux privilèges ne doit pas donner trop d'illusions quant à leur contenu. C'est l'aboutissement de toute une évolution. La formulation des privilèges est donc largement inspirée de celle dégagée durant la première période, en particulier de celle avancée par M. HAURIU. On en retrouve les principaux éléments de définition⁵⁴⁵. Même la répartition des éléments entre les deux privilèges concrétise le plus souvent l'évolution amorcée. En moyenne, le privilège du préalable est plutôt consacré aux forces obligatoire et probante,

⁵³³ Outre M. HAURIU : F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 132, p. 140; L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 3; E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 1887 (1989), T. I, pp. 289 ainsi que 290 et note 2 : le recours au Conseil d'État n'est évidemment pas suspensif - il s'agit d'une règle fondamentale de la procédure administrative posée par l'article 3 du décret du 22 juillet 1806, rappelée et confirmée par l'article 24 de la loi du 24 mai 1872 -, sauf disposition légale expresse en sens contraire ou sursis à exécution provisoire. Cons. J. CRUET, *op. cit.*, 1906, pp. 378 à 381. Fondamentalement, c'est le fait que l'administration puisse poursuivre l'exécution de ses actes sans tenir compte des particuliers qui est critiqué. Mais principalement à cause de la règle défendant à l'autorité judiciaire d'entraver l'exécution d'un acte administratif : A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 129.

⁵³⁴ T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, pp. 126 à 128.

⁵³⁵ M. ROUSSET écrit en 1960 qu'un certain nombre de travaux "ont porté un coup sérieux à un certain nombre d'idées reçues, dont l'inexactitude ou le caractère approximatif avait jusqu'alors été couvert par l'autorité de la tradition" (*op. cit.*, 1960, p. 69).

⁵³⁶ T. FORTSAKIS, *op. cit.*, 1987, p. 144.

⁵³⁷ Cité in *ibidem* comme un extrait de la préface d'une ancienne version du juriste de droit administratif, p. 1.

⁵³⁸ Encore appelé le privilège de l'exécution préalable ou de l'exécution forcée par la voie administrative.

⁵³⁹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 14 : le principe s'est renversé; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, p. 66.

⁵⁴⁰ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 89.

⁵⁴¹ Rapp. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. I, 1982 (année 1951-1952), p. 152 pour qui la crise du droit administratif se ramènerait à une crise profonde de la doctrine du droit administratif "à qui sa foi dogmatique dans certains principes interdit plus ou moins d'interpréter et de synthétiser de façon satisfaisante, le faisant apparaître comme inintelligible, le droit administratif réel, qui en est, en effet, éloigné à cent lieues" : la résoudre commande de tout reprendre à zéro. Comp. C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 258, en ce qui concerne la nature organique de la décision exécutoire.

⁵⁴² Rem. J. RIVERO, "Apologie pour les "faisceaux de systèmes"", in *Pages de doctrine*, *op. cit.*, T. I, 1980, pp. 3 à 10.

⁵⁴³ La bibliographie exploitée à ce stade est également limitée aux principaux traités et précis, ainsi qu'aux ouvrages ou contributions expressément ou substantiellement consacrés à la question.

⁵⁴⁴ Les notes peuvent donner l'impression d'alourdir le texte. Au contraire, elles permettent de dégager l'essentiel et d'établir une démonstration scientifique à partir de données textuelles diverses (doctrine, jurisprudence, législation) qui constituent l'échantillon, l'objet de l'analyse, auxquelles il est simplement référé la plupart du temps.

⁵⁴⁵ Aussi a-t-il paru intéressant de citer en note, pour rappel et comparaison, en regard de chaque élément de définition repris dans l'analyse qui suit, la dernière version du précis déjà analysée en profondeur de M. HAURIU (*op. cit.*, 11^e éd., 1927).

tandis que le privilège de l'exécution d'office se rapporte à l'exécution (forcée) administrative⁵⁴⁶.

L'évolution des privilèges s'inscrit donc dans la continuité. À l'image, en réalité, du droit administratif dans son ensemble. F.-P. BÉNOÎT écrit à ce propos que les constructions théoriques ne sont "que des formulations correspondant à des prises de conscience successives de l'état, à un moment donné, de l'évolution constante des solutions du droit positif. Tous les critères théoriques se chevauchent donc nécessairement et s'annoncent les uns les autres, et ceci parce que le droit positif, qu'ils tentent de définir, s'est toujours formé par une évolution continue et sans ruptures brutales"⁵⁴⁷. À vrai dire, des ruptures plus brutales auraient facilité l'analyse, de même que le choix d'une théorie par rapport à une autre.

230. Le temps venu d'une analyse plus approfondie. Le dernier stade de l'évolution des concepts à travers l'histoire du droit administratif est l'occasion d'une analyse plus approfondie des éléments avancés pour leur définition. Le critère de sélection des éléments est à la fois le privilège - il doit s'agir d'une dérogation avantageuse par rapport au droit commun - et le lien nécessaire avec l'éventuel privilège dégagé en matière d'exécution forcée.

La plupart des critiques sont livrées par l'histoire des concepts. On songe en particulier au sursis à exécution et à son origine liée à la théorie du ministre-juge. Il convient maintenant de reprendre tous les éléments de définition, force par force, et de statuer une fois pour toutes sur leur sort (2. L'analyse du contenu). Avant cela, il faut fixer les éléments de manière plus détaillée entre les deux privilèges (1. L'évolution du contenu) pour permettre une meilleure évaluation de leur cohérence.

Il faut insister aussi sur le fait que la manière dont le sujet a été abordé jusqu'ici permet à ce stade d'éviter une série de confusions dans lesquelles la doctrine française a versé, largement suivie en cela par les auteurs belges. On songe à la distinction des différentes forces de l'acte juridique, mais également à l'approche historique reprenant l'évolution du(ou) privilège(s) depuis son (leur) origine.

En effet, la doctrine plus contemporaine omet généralement de situer le privilège dans son contexte avant d'en critiquer les éléments de définition. Elle perd de ce fait une dimension bien réelle, permettant souvent d'expliquer les formulations antérieures, voire les dérives actuelles, et de dépasser une discussion faussée lorsque, sans tenir compte du temps, elle ne s'appuie que sur les idées. Or, la validité d'une formulation dépend pour beaucoup de son contexte. Tel est particulièrement le cas en l'espèce. Il s'agit d'une théorie en formation depuis le début du dix-neuvième siècle. Son maintien depuis M. HAURIOU ne manque pas d'étonner. Car le contentieux administratif a profondément évolué, et elle lui est intimement liée.

⁵⁴⁶ L'exécution non forcée voyage en réalité d'un privilège à l'autre.

⁵⁴⁷ F.-P. BÉNOÎT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 401, n° 688.

1. L'évolution du contenu

231. Introduction. Jamais, jusque-là, des auteurs n'avaient pris la peine de pousser l'analyse du privilège aussi loin. "Des auteurs", parce qu'ils ne forment pas une majorité. Les ouvrages généraux, quant à eux, continuent à véhiculer la théorie de M. HAURIOU, avec ses amalgames, sans un grand esprit critique. Ils réservent néanmoins une place plus importante à la jurisprudence administrative qui conditionne l'exécution forcée, mais sans en tirer toujours les conséquences au niveau des principes. Bref, les véritables critiques sont généralement le fait d'auteurs de monographies ou d'articles. G. DUPUIS et C. EISENMANN sont très représentatifs de ce courant. Les auteurs belges ont directement profité de leur enseignement, mais sans consacrer au sujet la moindre monographie, tout au plus quelques articles.

La critique de ces auteurs est encore focalisée sur le privilège unique⁵⁴⁸ et conduira à terme à la séparation en deux privilèges. Leur démarche doit néanmoins être conservée même si, entre-temps, le privilège du préalable est généralement devenu le réceptacle de nombreuses approximations auparavant rattachées à l'exécution préalable. Sa pertinence n'en est aujourd'hui que plus grande à son égard, comme l'attestent les réflexions introductives des deux auteurs concernés.

Pour G. DUPUIS,

"Les études de droit administratif comportent très souvent des allusions aux privilèges de l'administration : (...) elle pourrait surtout passer à l'exécution d'office de ses normes sans contrôle juridictionnel préalable (...). Dans ces affirmations - qui comportent quelques vérités - se sont glissées bien des inexactitudes et des imprécisions - que l'on se répète ensuite à l'abri de l'autorité des maîtres considérée comme un dogme"⁵⁴⁹.

Pour y remédier, selon C. EISENMANN,

"Il faut essayer de commencer par formuler les données juridiques au plus proche du concret, sans recourir à des termes techniques de caractère théorique. (...) Les divergences n'apparaissent qu'au moment des formulations plus globales et plus abstraites"⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Ils écrivent juste après la Seconde Guerre mondiale.

⁵⁴⁹ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 9.

⁵⁵⁰ C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 15, p. 722 et n° 16, p. 724. Ou encore : "Il faut remonter à la position des problèmes, au lieu d'avancer immédiatement, d'entrée (comme on le fait trop souvent), les règles qui y répondent, qui en donnent la solution; ceci vaut surtout si l'on exprime ces règles, ces solutions, au moyen de termes techniques qui les ramassent finalement en quelques mots qui frappent et empêchent de penser directement la règle dans sa plénitude et son fond précis. Au lieu de dire : "exécution des actes administratifs", "privilège du préalable" et "privilège de l'exécution d'office", on commencera par essayer de saisir les problèmes de l'exécution - les questions relatives à l'exécution - des normes administratives unilatérales (ces problèmes seront d'ailleurs sans doute communs à toutes les normes étatiques au moins, en tout cas dans une très large mesure). Ainsi évitera-t-on la hâte, les affirmations trop rapides, qui deviennent avec le temps des opinions préconçues, des idées figées, des manières de dogmes" (p. 749, n° 10). Dans le même sens, voy. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 29 : "La plupart des auteurs affirment plus qu'ils ne démontrent : ils ne suivent peut-être pas toujours assez fidèlement la jurisprudence, et traitent le plus souvent de l'exécution forcée en plusieurs passages de leurs ouvrages sans presque jamais tenter la systématisation nécessaire, sans même paraître

Il faut préciser que l'étude de la littérature administrative des cinquante dernières années livre des résultats étonnants si l'on s'en tient, notamment, aux dernières versions des traités et précis. Le contenu des privilèges, en particulier, semble s'être stabilisé. Rien n'est moins vrai en réalité. La matière est caractérisée par une inconstance et une incohérence étonnantes s'agissant de principes fondamentaux du droit administratif.

232. Un consensus apparent. Un "consensus" semble s'être progressivement dégagé en France, comme en Belgique, autour de l'existence de deux privilèges, sinon de deux phénomènes distincts. Le premier est quasi unanimement qualifié de privilège du préalable. Quant au second, il est lié à l'exécution forcée administrative, souvent qualifiée aussi d'exécution d'office.

Vu l'importance de la documentation consultée, le consensus est présenté sous la forme d'une note "intrapaginale" relativement sommaire. Il est fait état uniquement des présentations générales des privilèges.

En droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 59 à 62 : le privilège du préalable (ou "privilège de présomption de légalité", p. 153) (l'action unilatérale améliorée) et le privilège d'action ou d'exécution d'office ou forcée selon une classification des prérogatives de contrainte d'après les modalités de l'action administrative; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960 : le privilège contesté du préalable et le privilège resp. de l'exécution d'office, de l'exécution forcée ou de l'action d'office; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 83 à 101 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office ou forcée; M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 12 et 13 : le pouvoir d'action unilatérale et resp. l'exécution forcée, l'action directe ou l'exécution d'office (globalement l'autorité de chose décidée, p. 137), le tout constituant le privilège du préalable (p. 13); J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206 et not. n° 147, p. 213 : le privilège du préalable et l'exécution forcée; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 528, n° 908 et p. 556, n° 969 : le privilège du préalable (pouvoir de décision unilatérale) et le pouvoir d'action d'office (pouvoir d'exécution forcée administrative ou directe); R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969 : au-delà de l'autorité de chose décidée rassemblant toutes les forces de l'acte, le privilège du préalable et l'exécution forcée par la voie administrative; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 34 et 35 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office ou la procédure, le privilège de l'exécution forcée des décisions administratives; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 391 et 403 à 406 : le privilège du préalable et l'exécution d'office administrative; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 367 : sous la décision exécutoire, le privilège contesté du préalable et le privilège d'exécution d'office ou forcée; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28 et p. 272, n° 706 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, pp. 206 à 227, n° 147 à 162 : le privilège du préalable - l'autorité de la chose décidée - et l'exécution forcée par la voie administrative; R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989, pp. 103 et 104 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office ou de l'exécution forcée; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 232 à 234, 245 et 320 à 326 : le privilège de la décision exécutoire, d'action d'office ou du préalable - autorité de chose décidée - et l'exécution forcée; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, pp. 3 ainsi que 37 et 38 : le privilège du préalable et le privilège d'exécution d'office ou l'exécution administrative,

d'office ou forcée; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668 : le privilège du préalable - distinct de l'unilatéralité - et le privilège de l'exécution d'office ou la procédure d'action d'office; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 44 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 23 et 24, ainsi que pp. 65 à 67 : le privilège du préalable et l'exécution forcée ou d'office; J.-F. LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 1996, pp. 322 à 333 : le privilège du préalable et l'exécution forcée ou d'office; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1996, pp. 61 à 67 et 328 à 337 : le privilège du préalable et l'exécution forcée ou d'office; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, pp. 92 à 95, n° 97 à 100 : le privilège du préalable - l'autorité de chose décidée liée à l'unilatéralité - et l'exécution forcée et d'office; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, p. 422, n° 638 à 640, pp. 449 à 452, n° 668 à 673, pp. 1054 à 1063, n° 1351 à 1359 : le privilège du préalable et l'exécution forcée ou d'office; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 177 à 194 : le pouvoir d'action unilatérale, le privilège du préalable, d'action d'office ou de la décision exécutoire et l'exécution d'office ("situation privilégiée", p. 185), les deux derniers étant clairement liés au titre exécutoire et à l'exécution forcée, même si le préalable figure dans la section consacrée au pouvoir de décision distingué du pouvoir d'exécution (concrète); J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, pp. 322 et 349 : le privilège du préalable et l'exécution d'office; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, pp. 270 et 596 : le privilège du préalable ou pouvoir d'action unilatérale et le privilège d'exécution d'office. Voy. aussi P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 734, p. 501, et pp. 525 à 528, n° 762 à 764, ainsi que n° 351 et n° 1197, pp. 871 et 872. Les auteurs n'ont pas écrit l'ouvrage ensemble. Le dernier a continué l'œuvre du premier, décédé entre-temps. Ils font état du privilège du préalable de manière ponctuelle (l'administré doit d'abord obéir aux injonctions administratives, quitte à réclamer ensuite devant le juge) et sans le mentionner en index. Par contre, l'exécution d'office y est renseignée et fait l'objet de développements, mais sans que le terme privilège n'y soit associé (exécution forcée). Add. C. GABOLDE, "Exécution des jugements et des actes", *Encycl. Dalloz*, sp. pp. 59 à 63, n° 45 à 89 (Exécution des actes administratifs) : privilège du préalable (présomption de validité) et privilège de l'exécution d'office (forcée ou "directe"), de fait mélangés; J. BRETHER de La GRESSAYE, in *Etudes offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 308 : le privilège du préalable et de l'exécution d'office (décision unilatérale et exécution vraisemblablement forcée); G. KOUBI, "Acte exécutoire et actes des autorités locales", *R.D.P.*, 1990, p. 1497 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution forcée. Add. in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit public*, Travaux, T. XIII, Paris, Dalloz, 1960 : J. DEHAUSSY, "Rapport général", p. 510 : le privilège d'action exécutoire et celui d'exécution forcée; J. M. AUBY, "La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français", pp. 532 et 533 et le mélange des privilèges de décision exécutoire, du préalable, d'exécution forcée et d'exécution d'office.

En droit belge : L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 6 et note 1, ainsi que pp. 143 et 144 : la décision exécutoire (unilatéralité et exécution préalable); A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 et 1749 (et 1750) : le privilège du préalable (force juridique particulière, obligatoire et probante) et le privilège de l'exécution d'office, privilège d'office, voorrecht van de ambtshalve of parate uitvoering (et gedwongen uitvoering), distingués de l'acte unilatéral; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, pp. 160 et 161 : le privilège du préalable (apparemment distingué du privilège des actes unilatéraux, n° 189, p. 148, et confirmation n° 432, p. 339) et le privilège de l'exécution d'office; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 344 et 345 (l'auteur fait plus que s'inspirer du traité de de LAUBADÈRE) : le privilège du préalable, également distingué de la production unilatérale d'effets de droit - pouvoir de

décision unilatérale, n° 33, p. 35 et p. 52, n° 49 -, et le privilège de l'action d'office ou de l'exécution d'office - l'exécution préalable, n° 377, p. 348 -; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, pp. 78 à 81, n° 104 à 107 : le privilège du préalable et le privilège de l'action d'office, formellement distingués de l'action unilatérale obligatoire et se rapportant à l'exécution au sens large, le premier du point de vue de l'administré (principalement l'obéissance), le second du point de vue de l'administration (l'exécution); l'auteur prétend suivre en cela P. WIGNY et A. BUTTGENBACH, ce qui n'est pas inexact en ce qui concerne uniquement P. WIGNY, malgré que ce dernier n'ait pas insisté sur la différence d'approche; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 238 et 249 à 251 : le pouvoir d'action unilatérale, le privilège du préalable (titre exécutoire) et le privilège de l'exécution d'office (une exécution forcée privilégiée), et du même auteur, *Droit judiciaire civil*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1974, pp. 138 à 140 : les privilèges du préalable et de l'exécution forcée; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 318 et 319 : le privilège du préalable - l'autorité de chose décidée - et le privilège de l'action ou de l'exécution - administrative - d'office; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220 à 222, pp. 307 à 310 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office (ou de l'action d'office, n° 4, p. 14 et n° 50, pp. 101 et 105), tous deux consacrés à l'exécution des décisions administratives (l'auteur suit de très près sur ce point le précis d'A. BUTTGENBACH, exceptée la distinction du pouvoir d'action unilatérale, mais que l'on retrouve implicitement ou, par exemple, n° 4, p. 14; les privilèges sont toutefois dégrossis de certains éléments, tels l'intervention du juge *a posteriori* ou l'absence de caractère suspensif des recours); G. de LEVAL, *Traité des saisies (règles générales)*, Liège, Université de Liège, 1988, n° 238, pp. 474 à 477 : le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office, tous deux consacrés à l'exécution forcée et implicitement distingués de l'acte unilatéral; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, pp. 38, 45 et 46 : l'auteur distingue l'action unilatérale de l'exécution (le privilège de l'exécution sans l'intervention du pouvoir judiciaire) qui comprend deux privilèges, celui de l'exécution préalable (van voorafgaande uitvoering) et celui de l'exécution parée (van de parate tenuitvoerlegging); A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 7 à 9, pp. 6 à 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 7 à 9, pp. 6 à 9 : sous un titre consacré aux privilèges de l'administration et à la force juridique de l'acte administratif, sont distinguées les forces obligatoire, contraignante et exécutoire de l'acte administratif, correspondant respectivement à l'acte unilatéral obligatoire, au privilège du préalable (présomption) et à l'exécution forcée; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, pp. 7 à 21, n° 6 à 9bis (et n° 138, p. 331 et note 3, ainsi que p. 510, n° 219 : l'exécution de l'acte administratif, chapitre sous lequel figure étonnamment le privilège du préalable) : le privilège de la décision exécutoire, dit aussi privilège du préalable (décision unilatérale, présomption et absence d'effet suspensif) et le privilège de l'exécution ou de l'action d'office (exécution forcée); D. DÉOM, *op. cit.*, 1990, p. 123, n° 74 : le pouvoir de décision unilatéral (privilège du préalable) et le privilège de l'action d'office (contrainte); L.P. SUETENS, in *op. cit.*, 1997, n° 8, p. 396 : le privilège du préalable (obligatoire) et celui de l'action d'office (exécutoire), sur fond de présomption; R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, p. 17, n° 42 : le privilège du préalable (force obligatoire), distingué de l'action unilatérale; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265, note 2 et p. 365 : le privilège de l'exécution d'office (contrainte) et le privilège du préalable (présomption); H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, pp. 832 et 833, et note 234 : het voorrecht van voorafgaandelijke uitvoering, le privilège du préalable ou le privilège de la décision exécutoire (la contestation ne peut arrêter l'activité du service public - uniquement) et het voorrecht van parate uitvoering, le privilège de l'exécution ou de l'action d'office (exécution personnelle); P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 81, p. 90, n° 88 : le privilège de la décision unilatérale exécutoire ou privilège du préalable ("la prise de la décision administrative" : la force obligatoire unilatérale et la présomption) et le privilège de l'exécution ou de l'action d'office ("l'exécution matérielle de la décision" : la contrainte), privilèges parfois renseignés sous

un seul privilège mais de nom composé; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL, en S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, pp. 31 à 36, n° 80 à 90 : à la manière du précis d'A. MAST et alii, les auteurs distinguent l'acte unilatéral, le privilège du préalable (présomption et maintien souligné de la force obligatoire en cas de contestation) et le privilège de l'exécution d'office; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21 : le privilège du préalable ou de la décision exécutoire (rendre elle-même obligatoires ses décisions) est distingué du droit de décider par voie unilatérale et du privilège de l'exécution d'office (exécution forcée) - comp. du même auteur, *op. cit.*, 1975, p. 71 : les privilèges du préalable et de l'action d'office - *Add. A. VRANCKX, op. cit., Adm. lexicon*, 1961, pp. 29 à 34, n° 50 à 60 : l'auteur n'utilise pas le terme privilège, mais il aborde et distingue le caractère unilatéral de l'acte de son caractère exécutoire en mêlant sous ce dernier l'exécution forcée et non forcée, non sans référence, en ce qui concerne la première, à l'obéissance, la force obligatoire, l'absence de caractère suspensif des recours, la présomption de légalité, et le renversement des charges de l'action et de la preuve (assimilation des forces obligatoire et exécutoire non forcée). *Add. av. gén. F. DUMON*, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578 : le privilège du préalable (la contestation n'arrête pas l'activité administrative) et celui de l'exécution d'office; H. BUCH, "Les lacunes en droit administratif", in C. PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 458 (et p. 450) : le privilège du préalable et celui de l'exécution d'office; M.-A. FLAMME, "Service public et puissance publique. Mythes ou réalités ?", in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 478, n° 2 et les "incontestables" privilèges de la décision exécutoire ou du préalable et de l'exécution d'office (comme dans son précis); B. JADOT, "Le sursis à exécution face aux prérogatives de l'administration", *A.P.T.*, 1982, n° 13, pp. 246 et 247 : le privilège de la décision exécutoire (obéissance préalable, action unilatérale et présomption) et le privilège de l'exécution forcée; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, pp. 126 et 127 : la décision unilatérale, le privilège du préalable ou de la décision exécutoire (présomption et titre exécutoire) et le privilège de l'exécution d'office (forcée) (à la manière de M.-A. FLAMME). Rem. W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, "Overeenkomsten met de overheid", *T.P.R.*, 1987, p. 1.735, 2.5.2.2., se fondant exclusivement sur A. MAST e.a., et repris en distinguant les privilèges plus clairement in Gent, 19 avril 1994, *R.W.*, 1995-96, p. 115 : l'exécution d'office (décision obligatoire et exécutoire sans formule exécutoire - uitvoerbare kracht) et le privilège du préalable (présomption et recours non suspensif - dwingende kracht).

233. La tendance. Dans ce couple apparemment imposé, le privilège du préalable vise, en moyenne, le pouvoir d'adopter des décisions unilatérales bénéficiant d'une présomption de légalité, en règle réfragable, mais seulement *a posteriori* et, partant, sans effet suspensif. Quant à l'exécution d'office, elle a perdu son titre de privilège dans la plupart des ouvrages français. Ce qui est moins le cas en droit belge, il faut le mentionner. Même si, dans la réalité et dans sa formulation, la notion a connu une évolution comparable.

Tel est déjà moins le cas du privilège du préalable dont l'action unilatérale est sensiblement plus souvent isolée en droit belge, par rapport à la doctrine française. Le cas échéant, il constitue parfois un privilège supplémentaire, à part entière et distinct des deux autres⁵⁵¹. Peut-être sous

⁵⁵¹ La tendance doit être encouragée et peut déboucher - telle est l'intention - sur une expression choisie : celle de pouvoir de décision unilatérale. Mais la distinction ne peut pas être fictive, voire artificielle, comme chez certains auteurs qui distinguent l'acte unilatéral de l'effet unilatéral, c'est-à-dire de la modification unilatérale du droit que l'acte emporte. Quant aux deux (autres) privilèges, ils peuvent être consacrés ensemble à l'exécution forcée administrative, pour l'appréhension de laquelle ils ne sont vraisemblablement pas de trop.

l'influence, qui paraît avoir été décisive, d'un auteur français en particulier, dans la personne d'A. de LAUBADÈRE⁵⁵².

En somme, le privilège de l'exécution d'office est resté le plus stable à travers les âges. Anciennement privilège de l'exécution préalable, il était déjà principalement consacré à l'exécution forcée. Le privilège du préalable, de son côté, a le plus évolué et, aujourd'hui encore, il est sujet au plus grand nombre de variations dans son contenu.

Le moins que l'on puisse écrire face à un tel constat est que le privilège initial a subi une profonde mutation. Il a été jusqu'à changer complètement de force de référence. Le mouvement initié par M. HAURIOU a en quelque sorte été poursuivi jusqu'à son terme. Une telle évolution s'explique en grande partie par celle du droit et son emprise grandissante sur l'activité administrative⁵⁵³. Tel était déjà le cas avec M. HAURIOU.

234. Des dérives. En dépit de cette tendance et du changement de force intervenu, les privilèges ont connu un certain nombre de dérives. Elles sont dues à une partie de la doctrine qui a continué à utiliser les critères de l'ancienne force pour identifier des privilèges là où soit ils n'existent pas, soit ils n'existent plus.

Tel est le cas, en particulier, de deux critères : celui de la dispense de l'intervention du juge et celui du caractère non suspensif du recours administratif. Les deux critères sont issus de l'assimilation ancienne de l'acte administratif avec la décision de justice, à laquelle l'exécution forcée était étroitement liée.

De toute évidence, le changement de force imposé par la jurisprudence aurait dû entraîner un changement de critères servant à définir de nouveaux privilèges, à supposer qu'ils existent. Tel n'a pas toujours été le cas en doctrine. Les lignes qui suivent permettent d'anticiper à cet égard. Tout en précisant que l'analyse qui suit vient largement étayer le propos.

⁵⁵² L'influence d'A. de LAUBADÈRE se ressent notamment à travers P. WIGNY, particulièrement A. BUTTGEBACH et J. DEMBOUR, dont les écrits se ressemblent d'ailleurs assez fort, ou encore A. MAST et M.-A. FLAMME, ce dernier plus indirectement, car il est également influencé par G. VEDEL. Ceci pour signaler simplement que des influences plus individuelles existent et sont parfois déterminantes en matière administrative, y compris dans la définition de notions fondamentales telles que les privilèges. Avec le risque aussi de compilations plus ou moins heureuses, compliquant parfois des questions relativement simples au départ.

⁵⁵³ Dans la suite logique des développements qui précèdent, en effet, il semble que la doctrine ait poursuivi ses efforts et tenté d'affiner les théories avancées durant la première moitié du vingtième siècle. Face à la jurisprudence administrative ayant imposé des conditions strictes au recours à l'exécution forcée, la doctrine s'est très naturellement tournée, et plus résolument encore qu'auparavant, vers les autres forces de l'acte juridique pour expliquer la position réellement avantageuse de l'administration par rapport aux citoyens. La caricature apparaît ainsi selon laquelle, en règle, l'administration procède par des décisions unilatérales et ses décisions bénéficient d'une présomption de légalité. Elle est surtout présente dans les ouvrages généraux, dont l'impact sur la population est de toute évidence décisif.

235. Le rôle de la décision exécutoire. S'il fallait résumer à l'extrême l'évolution du privilège, elle s'est réalisée autour de la notion de décision exécutoire⁵⁵⁴ dont bon nombre d'auteurs reconnaissent l'ambiguïté parce qu'elle mène à penser, par une comparaison inévitable et inconsciente avec le droit privé, que l'exécution dont il s'agit est de type forcée⁵⁵⁵.

L'expression est ancienne et ne posait pas trop de difficultés tant que l'administration n'était soumise qu'à un faible contrôle. Mais, depuis lors, la situation a fortement changé, en particulier en ce qui concerne l'exécution administrative. Les auteurs ont néanmoins maintenu l'expression et, jurisprudence à l'appui, ils lui ont donné le sens de l'unilatéralité et de la présomption, pourtant éloigné, si ce n'est à travers le terme décision⁵⁵⁶. Mais sans en bannir nécessairement pour autant l'hypothèse limitée de l'exécution forcée.

De la sorte, l'expression n'est pas devenue moins ambiguë, au contraire. Cela se reflète notamment dans les privilèges, d'ailleurs souvent étudiés (parfois expressément rassemblés⁵⁵⁷)

⁵⁵⁴ En effet, M. HAURIOU a développé une véritable théorie de la décision exécutoire à partir de la notion et dans laquelle il a inclus les privilèges (*op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 350 et s.). D'où la réflexion de P. WEIL et D. POUYAUD selon laquelle le privilège du préalable constitue "l'élément le plus remarquable de la théorie de la "décision exécutoire"" (*op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 16).

⁵⁵⁵ C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 755 : "on parle de "force exécutoire" en un sens qui n'a plus rien à voir avec celui où cette expression est prise dans ce droit privé, auquel on l'a cependant empruntée, et dont on ne marque nullement que l'on s'éloigne totalement. Comment voudrait-on parvenir à des idées claires, exactes, et correctement formulées, dans de semblables conditions ?" *Add. en droit français* : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 40; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. I, 1983 (année 1959-60), n° 12, p. 751; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 160, note 1; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 8 et p. 73 : la doctrine a tout mêlé et n'a pas tenu compte de la jurisprudence; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 85; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 189 à 194, pp. 293 à 298, sp. n° 190, p. 294, note 1, ainsi que n° 399, pp. 558 à 561 : l'hétérogénéité des décisions exécutoires est telle qu'elle ne saurait former une catégorie juridique; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 907, pp. 527 et 528; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 106 et s. (110); P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, pp. 23 à 29, n° 38 à 48; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, pp. 14 et 15; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 323. En droit belge : P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 59 et 60; M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, p. 87, n° 68; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265; I. CLOECKAERT, P. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 32, n° 83, note 198, impl. (les auteurs réservent l'expression à l'exécution forcée, préférant parler de décision définitive, ce qui n'est pas beaucoup plus satisfaisant). En réalité, le terme exécution a une signification particulière très ancienne en droit public, servant à désigner plus généralement toute forme d'application de la loi. Il est toutefois incontestable, comme il ressort des développements qui précèdent, que le privilège de l'exécution provisoire avait au départ une connotation forcée très marquée, d'ailleurs "compatible" avec le régime en vigueur au dix-neuvième siècle.

⁵⁵⁶ M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, p. 87, n° 68, souligne ainsi que nombre d'auteurs (dont lui) recourent à l'appellation pour désigner l'acte unilatéral et l'opposer au contrat (celle qui, directement liée à la force obligatoire qui la caractérise, modifie ou affecte l'ordonnement juridique). Rem. J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265 : le qualificatif d'exécutoire serait pléonastique, le cas échéant, alors qu'elle ne constitue pas une répétition de mots ayant le même sens. La définition proposée est plutôt celle de l'acte administratif unilatéral.

⁵⁵⁷ Dans ce sens précis, voy. M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 17 : la décision exécutoire recouvre les deux privilèges, décision - exécutoire au sens propre du terme. *Add. en droit français* J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 367; comp. C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 34 et 35. En droit belge : L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 6 et note 1 (décisions unilatérales exécutoires) et pp. 143 et 144; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, encore que col. 1748 l'auteur défende une conception stricte limitée à l'exécution forcée sans l'intervention du juge; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, pp. 160 et 161; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 12, p. 21 et p. 78, n° 104; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, pp. 343 à 345, n° 376 et 377; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 50, p. 101, n° 52, p. 105, n° 193, pp. 262 et 263, et n° 220 à 222, pp. 307 à 310.

sous le titre de la décision exécutoire. Ils ont en commun une généralisation gratuite. C'est ce que dénonce G. DARCY à propos de la notion de décision exécutoire, mais sa remarque vaut indifféremment pour les privilèges : elle "est comme tombée dans l'imaginaire des juristes. Entreprendre son étude, c'est s'immiscer dans un dogme aussi pieusement transmis qu'il fut violemment attaqué. (...) Une fois encore, la généralisation aurait triomphé de la clarté"⁵⁵⁸.

P. WEIL, quant à lui, évoque à propos de M. HAURIOU "l'extraordinaire confusion que cet auteur a introduite dans le droit administratif par cette théorie de la décision exécutoire que l'on a fini par considérer comme une pièce essentielle de notre droit public"⁵⁵⁹. En effet, la théorie mélange le privilège du préalable et celui de l'action d'office, à un point tel que l'on peut se demander si et en quoi les notions se distinguent. Pourtant, la distinction des deux privilèges est "tellement simple que l'on peut se demander comment HAURIOU a pu les confondre" : le premier concernerait les effets des actes unilatéraux, le second viserait leur exécution⁵⁶⁰.

236. Son impact en doctrine. L'impact d'une notion aussi ambiguë en doctrine est la confusion généralisée de l'exécution volontaire et de l'exécution forcée. En l'occurrence, certains auteurs vont jusqu'à appliquer à l'exécution volontaire (parfois même au caractère unilatéral de la décision) le critère permettant d'identifier le privilège lié à l'exécution forcée administrative, à savoir l'absence d'autorisation préalable du juge. Comme si l'intervention du juge était nécessaire en droit commun pour pouvoir décider de manière unilatérale ou pour que l'acte soit susceptible d'être exécuté de manière volontaire ou unilatérale, sans recours à la force⁵⁶¹.

Tel est en définitive le reproche principal que l'on formule à l'adresse d'une telle conception, à l'instar de nombreux autres auteurs. Parler de décision exécutoire alors que l'exécution dont il s'agit ne peut être, en règle - sauf exception -, que de type volontaire dans le chef du particulier, ou unilatérale, mais sans recours à la force, dans le chef de l'administration. Or, la situation n'est pas différente en droit privé. Et l'on s'évertue pourtant à y voir un privilège en droit administratif. À travers le terme exécutoire, le privilège est inévitablement appelé à dépasser le domaine de la force obligatoire, sans nécessairement atteindre l'exécution forcée, et à provoquer

⁵⁵⁸ G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 663. Dans son article (pp. 663 à 678), l'auteur retrace l'évolution de la notion déjà ancienne en doctrine, en jurisprudence et en législation. À son estime, le "désarroi de la doctrine est fondé. La notion a bien sombré dans l'insaisissable en raison d'une absence de rigueur de ses utilisations" (p. 664). Il faut prôner une conception large de la décision exécutoire, ne fût-ce que parce que les deux termes en eux-mêmes, pris séparément, sont déjà "polysémiques et multiréférentiels et ne cesseront de le demeurer. N'était-il pas difficile d'éviter que l'utilisation séquentielle "décision exécutoire" qui les regroupe ne devienne, elle aussi, multifonctionnelle ?" (p. 678). Mais "Le problème de la décision exécutoire s'insère dans les deux questions centrales du droit : celle de l'acte et celle des ressorts ou du mystère de son obéissance, c'est-à-dire du passage à l'exécution ponctuant une entrée dans le monde réel qui, peut-être, ne peut pas se passer de la symbolique de l'"exécutoirété" (p. 678). Comp. F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 563, n° 981 : "la prise de la décision et son exécution forment un tout dont les conséquences sont appréciées globalement sur le plan de la responsabilité".

⁵⁵⁹ P. WEIL, obs. sous C.E., Ville de Nice, 20 avril 1956, A.J.D.A., 1956, pp. 266 et 267, *ada*.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 267, *ada*.

⁵⁶¹ Voy. *infra*, sp. n° 304. On aura l'occasion de préciser que l'intervention du juge n'est nécessaire qu'en cas de résistance ou de contestation, lorsque l'intention est de vaincre la résistance d'un débiteur au sens le plus large, convaincu ou non d'être dans son droit.

par là une confusion dans les esprits les plus avertis, parce qu'aucun privilège n'existe en réalité à cet endroit.

L'assertion se vérifie de manière particulière aussi à propos d'un autre élément majeur dans la définition du privilège.

Qu'enseignent en effet les ouvrages généraux au sujet du pouvoir d'action unilatérale ? Ils mentionnent très régulièrement l'absence de caractère suspensif du recours introduit contre l'acte considéré. Or, la force à laquelle la suspension se rapporte n'est pas la force obligatoire, comme il est parfois donné de lire, mais bien la force exécutoire générale de l'acte considéré⁵⁶². Or, lorsque l'exécution concernée n'est pas de type forcé, les situations de l'administration et du particulier sont éminemment comparables. Quelle est en effet la différence entre un employeur public et un chef d'entreprise privée lorsqu'ils décident de concrétiser la rupture⁵⁶³ d'une relation de travail en arrêtant de payer un traitement ? Y compris en France, l'introduction par le particulier d'une action devant le pouvoir judiciaire n'a en soi aucun effet suspensif de la décision privée d'arrêter le paiement, même si elle a été prise illégalement. Pour obtenir un tel résultat, il faut saisir le juge des référés d'une demande expresse dans ce sens, ou demander expressément au juge du fond des mesures provisoires dans le cadre d'une procédure ordinaire.

⁵⁶² À cet égard, un parallèle - imparfait puisqu'il ne s'agit pas de la suspension comme telle - peut être fait avec la tutelle administrative d'approbation dont la Cour de cassation précise qu'elle "n'affecte pas l'existence ni la validité de l'acte de l'autorité subordonnée, mais seulement son caractère exécutoire" qui est suspendu. En conséquence, l'acte existe et crée des droits et des obligations entre parties aussi longtemps que l'autorité de tutelle n'a pas pris la décision de l'approuver ou de l'improver. Il s'agissait en l'espèce d'un marché de travaux conclu par la ville de Liège sous réserve d'approbation. Celle-ci n'est jamais intervenue, mais la ville a décidé d'abandonner le projet pour d'autres raisons. Elle a été condamnée à réparer le dommage éprouvé par le créancier, car elle avait ainsi elle-même empêché l'accomplissement de la condition suspensive. Voy. Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, 187; *Droit communal*, 1994, p. 16 et obs. R. ANDERSEN; *R.B.D.C.*, 1995, p. 235, n° 62, in F. TULKENS et J. SOHIER, "Les cours et tribunaux, chronique de jurisprudence 1993-1994"; Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, 1149; *R.C.J.B.*, 1983, p. 199 et note J. HERBOTS, "Contrat sous condition suspensive : conséquences de la faute commise par une partie 'pendente conditione'", pp. 204 à 222; *A.P.T.*, 1984, p. 145 et obs. X. DIEUX, "Des effets de la tutelle d'approbation sur les contrats conclus avec une autorité publique subordonnée", pp. 146 à 163; *R.W.*, 1981-1982, col. 245 et concl. M. l'av. gén. LENAERTS; *Entr. dr.*, 1981, p. 293 et obs. M.-A. FLAMME. Plusieurs décisions du Conseil d'État confirment implicitement le principe selon lequel la tutelle d'approbation n'affecte pas la validité ou l'existence même de l'acte de l'autorité subordonnée, mais bien son caractère exécutoire (il faut donc au besoin entreprendre l'annulation des deux actes dans la requête, du moins pas seulement l'acte d'approbation) : C.E., Leclercq, n° 5.553, 15 mars 1957, *R.A.A.C.E.*, 1957, p. 163 (décision susceptible de faire grief); C.E., Blicq, n° 9.763, 4 décembre 1962, *R.A.A.C.E.*, 1962, p. 1032 (décision inopérante ne pouvant sortir ses effets, mais indispensable et donc susceptible d'annulation); C.E., Verstraete et Laiten, n° 10.248, 12 novembre 1963, *R.A.A.C.E.*, 1963, p. 771 (décision susceptible d'annulation même si elle est privée d'effets); C.E., Minne, n° 10.955, 8 janvier 1965, *R.A.A.C.E.*, 1965, p. 16 (deux actes distincts susceptibles d'être entachés de vices différents) (rem. : dans la mesure où la requérante entendait se prévaloir d'une des dispositions du Code civil relatives au bail à ferme, il n'appartient pas au Conseil d'État de connaître de ce moyen; la décision attaquée est une délibération ayant précédé la conclusion du bail), et C.E., Michaux, n° 12.773, 19 janvier 1968, *R.A.A.C.E.*, 1968, p. 58 (*idem*); C.E., De Queecker, n° 12.472, 21 juin 1967, *R.A.A.C.E.*, 1967, p. 643 (*idem*; les deux actes ont une existence propre ne se confondant pas dans leur contenu, dans leurs effets ou leur finalité); C.E., Lemmens, n° 13.105, 2 juillet 1968, *R.A.A.C.E.*, 1968, p. 619 (l'approbation est indispensable pour que la décision "devienne exécutoire"); C.E., Colle, n° 13.983, 25 février 1970, *Pas.*, 1970, III, 126, *R.A.A.C.E.*, 1970, p. 227 (l'absence d'approbation empêche seulement l'exécution, not. les actes ultérieurs); comp. cependant C.E., Bulp, n° 15.313, 19 mai 1972, *R.A.A.C.E.*, 1972, p. 377, eu égard aux éléments de la cause.

⁵⁶³ La décision de licenciement, quant à elle, emporte évidemment le respect de règles différentes selon que l'employé est sous contrat de travail ou bénéficie du statut de fonctionnaire nommé.

237. L'influence du passé. Il est difficile d'expliquer de telles dérives en doctrine autrement que par l'influence du passé. La plupart des auteurs ne sont pas parvenus à effacer les traces de l'origine forcée du privilège. Ils ont vraisemblablement été aveuglés par la doctrine de M. HAURIOU. L'absence d'effet suspensif et la dispense de l'intervention du juge en sont les principales illustrations.

Fort de ce passé, il importe désormais de rectifier le tir, en commençant par n'identifier des privilèges que là où il en existe réellement. L'exécution forcée n'est pas la seule matière éventuellement concernée. En ce qui concerne la force obligatoire de l'acte administratif, par exemple, un privilège pourrait fort bien être identifié dans le pouvoir de décider unilatéralement et d'engager valablement les particuliers *sans leur consentement*.

Le cas échéant, toutefois, il faut limiter le champ d'application du critère à la force obligatoire. Il faut éviter son déplacement vers d'autres zones (exécutaire ou probante) où il n'est pas en mesure d'identifier un privilège. Il faut éviter aussi sa confusion avec l'éventuel privilège dégagé à propos de l'exécution forcée. Seul un lien étroit et nécessaire pourrait conduire tout au plus à les rapprocher.

238. L'absence d'un réel consensus. Avant d'entamer l'analyse, il importe de rectifier l'idée préconçue d'un "consensus" évoqué plus haut⁵⁶⁴, dont il est d'ailleurs précisé qu'il n'est qu'apparent. Le consensus ne doit pas être exagéré. La réalité n'est malheureusement pas aussi simple. Il y a de nombreuses exceptions à la moyenne dégagée en doctrine, et d'abondantes variations en son sein. Bref, il s'agit seulement d'une tendance générale, travaillée sur plusieurs décennies⁵⁶⁵.

D'abord, deux privilèges n'ont pas toujours été distingués⁵⁶⁶, surtout dans un premier temps⁵⁶⁷, et malgré l'utilisation des différentes expressions⁵⁶⁸, ce qui est en fin de compte

⁵⁶⁴ Voy. *supra*, n° 232.

⁵⁶⁵ Il ne s'est pas subitement formé au lendemain de la seconde guerre mondiale, sans un certain nombre d'efforts doctrinaux destinés à éclaircir le débat, ou à l'obscurcir, selon les opinions. Les premières versions des traités et précis actuels comportaient ainsi de nombreuses ambiguïtés, notamment à l'égard de l'exécution forcée. Il conservait parfois sa réputation d'avoir une portée générale.

⁵⁶⁶ Au terme de l'étude des privilèges dans le précis de M.-A. FLAMME, J.-M. FAVRESSE conclut "combien il est difficile de distinguer le privilège de la décision exécutoire et celui de l'exécution d'office" en soutenant que certains auteurs les confondent d'ailleurs en France (M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9 bis, p. 21). À noter que l'auteur cite à tort G. VEDEL et P. DELVOLVÉ à cet égard.

⁵⁶⁷ En droit belge, les précis de l'après-guerre sont assez probants à cet égard. Même si une autre explication à ces hésitations peut être trouvée dans le temps nécessaire à l'exercice de l'influence française. L. MOUREAU, par exemple, recourt à la notion de décision exécutoire mais limite son étude à l'unilatéralité et, sous la force exécutoire, à l'exécution préalable (*op. cit.*, 1946, p. 6 et note 1, ainsi que pp. 143 et 144). Chez P. WIGNY, le privilège de l'exécution d'office ne figure pas encore dans la première édition de son précis. Par contre, le privilège du préalable est étudié à deux reprises. La première fois en tant que privilège (1947, n° 65, pp. 83 et 84). Il comporte alors tant la force obligatoire que l'exécution forcée, en particulier des éléments que l'on retrouve en 1962 sous le privilège de l'exécution d'office : des décisions exécutoires immédiatement ou encore l'exécution parée et ses exceptions (1962, n° 210, pp. 160 et 161). La deuxième fois en tant que procédé de droit public (n° 66, pp. 86 et 87) destiné à faire respecter la volonté unilatérale de l'administration. Il est alors distingué de la force exécutoire, spécialisée dans l'utilisation de la force publique. Un autre exemple de l'évolution relativement hasardeuse des privilèges peut être trouvé chez A. BUTTGEBACH. Il commence par étudier la production

assez naturel puisqu'elles proviennent d'un même cru. De toute évidence, la confusion des forces est particulièrement favorisée dans ce cas⁵⁶⁹.

unilatérale d'effets de droit et les deux privilèges sous la force exécutoire de la décision exécutoire (*op. cit.*, 1954, n° 377, pp. 260 et 261), alors qu'en 1966, la force exécutoire est limitée aux deux privilèges (*op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 345 et 346). Il est surtout difficile de déterminer avec certitude si deux privilèges sont déjà distingués en 1954 à travers la formule "le privilège du préalable et de l'action d'office" (p. 261), d'autant que l'usage de la contrainte est explicitement mis en question distinctement de "Ce qu'il faut entendre par là" concernant le privilège nommé.

⁵⁶⁸ Des auteurs comme R. CHINOT ou C. EISENMANN, par exemple, ont choisi d'isoler la question de l'exécution forcée. G. DUPUIS également, mais après avoir parcouru toute une série de privilèges. Ce faisant, ils semblent n'avoir pas accordé suffisamment d'importance à l'apparition d'une tendance davantage préoccupée, à l'endroit du préalable, par le caractère unilatéral de la décision que par son caractère exécutoire (il est vrai également mentionné, mais limité à l'exécution non forcée, le cas échéant répressive). Aussi les auteurs se plaisent-ils à souligner une très grande diversité dans les expressions utilisées pour décrire le prétendu privilège : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 21 et s.; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 741 à 758; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 540 et s., n° 385 et s. R. CHINOT préconise le privilège de l'exécution d'office en vertu duquel "l'administration peut se faire justice à elle-même; elle est dispensée de passer devant le juge avant d'employer la force qu'elle détient". Ce qui ne l'empêche pas de s'attacher à en réduire fortement le caractère général. À cette fin, l'auteur réfère toutefois sans distinction aux diverses expressions utilisées par le passé : privilège du préalable, de l'exécution préalable, de l'exécution directe, le bénéfice du préalable, le privilège d'action d'office, etc. G. DUPUIS, quant à lui, préconise, à en croire ses titres, le privilège du préalable (l'exécution provisionnelle - forcée comme non forcée : les normes administratives peuvent être exécutées par provision avant que le juge n'ait tranché la question de leur régularité contestée - dont il conteste le caractère général et dont ne fait pas partie l'action unilatérale, privilège supplémentaire) et le privilège d'exécution d'office (l'exécution forcée) (*op. cit.*, T. II, n° 201, p. 304). Mais il n'est pas rare de trouver d'autres expressions telles le "fameux privilège d'action directe" (T. I, 1962, p. 189, n° 120 : utiliser la force publique de sa propre initiative; T. II, p. 494, n° 354), l'exécution d'office (T. I, p. 9, n° 1), les fameux privilèges du préalable et de l'action d'office (T. I, n° 24, p. 31), le privilège de l'exécution forcée (T. I, p. 29, n° 21), l'exécution provisionnelle et l'exécution forcée (T. I, n° 29, p. 38), le privilège du préalable (comp. T. I, n° 87, p. 142, privilège entendu comme le pouvoir de faire des actes unilatéraux, et n° 163, p. 249, entendu comme le pouvoir de se dispenser d'avoir recours au juge pour réaliser ses décisions). C. EISENMANN est plus neutre (*op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 741 à 758). Il évite généralement l'expression de privilège - dont il relève par ailleurs de nombreuses expressions en doctrine - pour préférer l'exécution des normes administratives unilatérales. Add. J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 301 et 302 : l'auteur distingue également trois privilèges, le privilège du préalable (l'action unilatérale), l'exécution provisionnelle qu'il ne dénomme en réalité pas, mais qu'il distingue de la "faculté exceptionnelle d'exécution d'office" sur le plan exécutoire et à travers une présomption de régularité; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, pp. 290 et 291, n° 688 à 691, ainsi que pp. 293 et 353 : le privilège de la décision exécutoire (l'acte unilatéral obligatoire), le privilège du préalable (présomption) et le privilège d'exécution d'office ou de (e) l'exécution forcée (le tout parmi les privilèges de contrainte), et n° 1022, p. 442, "agir d'office" pour la décision exécutoire ...

⁵⁶⁹ On peut mentionner dans ce sens M. HAURIOU (A. HAURIOU, *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 9 et 10, ainsi que pp. 17 et 18 : le pouvoir de l'action d'office est mêlé à la décision exécutoire et l'exécution préalable dans un privilège global (une procédure privilégiée) où toutes les forces sont mêlées; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 20 et 21, 33 à 35 et 50 : l'action directe, "privilège public" composite; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1951, n° 67, pp. 50 et 51, mais aussi n° 80 à 83, pp. 64 à 66, et p. 390, n° 452 : le privilège de l'exécution d'office, avec prédominance de la force exécutoire, mais assorti de l'obéissance préalable et du pouvoir d'agir ou d'intervenir d'office; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 16 : le pouvoir d'action d'office ou le privilège du préalable : prendre des décisions obligatoires et même parfois exécutoires par elles-mêmes; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, pp. 244 à 246 : le privilège du préalable (apparemment assimilé à l'autorité de la chose décidée) semble désigner à la fois la modification unilatérale, la présomption de légalité et l'exécution d'office; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, pp. 84, 85 et 109 : un pouvoir de commandement, de prendre des actes unilatéraux obligatoires, exécutoires d'office et présumés légaux (l'exécutoire d'office est défini de manière large pour comprendre également l'exécution "volontaire").

Ensuite, lorsque deux privilèges sont distingués, ils ne le sont pas toujours dans un sens partagé⁵⁷⁰. On n'y retrouve pas nécessairement les mêmes éléments constitutifs, et certains éléments de définition sont attribués tantôt à l'un des privilèges, tantôt à l'autre. Parfois même un troisième privilège voit le jour⁵⁷¹.

Finalement, lorsque les deux privilèges sont distingués, des variations peuvent intervenir dans les noms retenus⁵⁷², même si les privilèges du préalable et de l'exécution d'office sortent manifestement du lot.

239. Une incohérence terminologique. Bref, on ne peut manquer de souligner "l'incohérence terminologique qui sévit dans toute cette matière"⁵⁷³. Elle a diminué avec les

⁵⁷⁰ J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, par exemple, distingue la présomption de légalité et le privilège d'exécution forcée ou d'office, "privilèges dans l'exécution des actes administratifs"; R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225 : les privilèges du préalable et de l'exécution d'office sont tous les deux liés à la force exécutoire sans autorisation du juge, avec ceci d'étrange que le premier consiste à "rétablir elle-même le caractère exécutoire de l'obligation suspendu par la contestation au particulier".

⁵⁷¹ Voy. ci-dessus, n° 232, la note "intrapaginale" reprenant les expressions utilisées en droit belge et en droit français. Add. G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, à la suite de G. DUPUIS, qui distinguent trois privilèges à partir des mêmes ingrédients : le privilège de l'action unilatérale (le pouvoir de faire naître des droits ou des obligations sans le consentement de leurs sujets), de l'exécution provisionnelle ou du préalable, c'est-à-dire de la poursuite de l'exécution nonobstant la contestation de la régularité de l'acte en justice, et aussi de l'exécution forcée (ou de l'exécution d'office) (*op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 69 et 401). Comp. aussi J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, sp. pp. 59 à 63. L'auteur rassemble sous "le privilège de l'unilatéralité" (l'autorité de chose décidée) le "privilège de décision exécutoire" (le pouvoir de décision unilatérale), le privilège du préalable (le caractère immédiatement exécutoire des actes ou exécution provisionnelle), le principe du caractère non suspensif des recours et l'exécution forcée (le privilège limité de contrainte). Comp. encore F. SATCHIVI, "Le déclin des prérogatives de l'administration", *L.P.A.*, 7 septembre 1990, pp. 13 à 24. L'auteur rassemble au sein des prérogatives relatives aux actes administratifs unilatéraux les privilèges "de la décision exécutoire" (unilatérale), "du préalable" (l'exécution provisionnelle), "de l'effet non suspensif des recours" et "de l'exécution forcée".

⁵⁷² Voy. ci-dessus n° 232, la note "intrapaginale". En témoignent particulièrement les définitions sensiblement différentes données par deux administrativistes dans le même ouvrage, à savoir R. DRAGO et A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, resp. pp. 305 et 318, le pouvoir d'action unilatérale et la présomption de conformité au droit. En droit belge, on mentionnera également A. BUTTGEBACH chez qui la terminologie ne semble pas bien arrêtée à tous les endroits de son précis : *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 33, p. 35 (pouvoirs de commandement, de contrainte, de décision unilatérale, d'action d'office, etc.), p. 52, n° 49 (le droit de décision unilatérale, le privilège du préalable et de l'action d'office, le droit de police, etc.), n° 68, p. 67 (actes exécutoires de plein droit), n° 77, p. 74 (le privilège du préalable ou de l'action d'office), n° 377, p. 345 (le privilège du préalable et le privilège de l'action ou de l'exécution d'office) et p. 348 (l'exécution préalable), n° 378, p. 349 (l'obéissance provisoire) ou encore p. 439, n° 480ter (l'action d'office et l'exécution forcée).

⁵⁷³ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 87, p. 140. Add. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 289, n° 685 : "La plus grande confusion semble d'ailleurs régner dans la doctrine qui emploie indifféremment telle ou telle terminologie". R.-G. SCHWARTZENBERG préfère y voir une "liberté terminologique" (*op. cit.*, 1969, p. 106) tout en reconnaissant que le doyen HAURIU lui-même "utilise souvent alternativement et l'une pour l'autre les expressions "action d'office" - qui désigne le privilège du préalable - et "exécution d'office" - de nature à évoquer plutôt chez le lecteur l'idée d'exécution par la force, par la contrainte" (p. 107; voy. aussi p. 112). L'incohérence n'est certes pas étrangère à la notion de décision exécutoire à laquelle la doctrine a réservé un contenu variable, incertain et imprécis (*supra*, sp. n° 235 et l'analyse de NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 7 à 23 et p. 27 : une "confusion totale"). Add. F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 24 à 36 (impl.); M. PÂQUES, *op. cit.*, A.P.M., 1996, p. 107 : des "notions aux acceptions variables". *Contra* : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1745, selon qui l'unanimité régnerait (à l'époque) en doctrine en ce qui concerne la

années, mais elle n'a pas complètement disparu. Avec ceci d'extrêmement étrange qu'il n'en est jamais fait état en droit belge, et très rarement en droit français. Comme si les notions ne pouvaient pas être contestées. Comme si le seul énoncé des formules devait nécessairement suffire à emporter la conviction.

À moins que personne n'ait eu le temps jusqu'ici, le plus souvent dans le cadre d'écrits généraux, de se rendre compte à quel point l'incertitude règne à propos des privilèges.

Un tel comportement est certainement lié à la place centrale occupée par les concepts dans le(s) précis de) droit administratif. Les notions sont à ce point fondamentales qu'elles ne tolèrent pas même l'apparence de divergences, et *a fortiori* pas dans les appellations. Car "(...) un manque de fixité terminologique est souvent le signe d'ambiguïtés plus fondamentales"⁵⁷⁴.

240. Une inconstance dans le contenu. Malheureusement, l'incertitude et les fluctuations débordent largement le champ terminologique. Elles gagnent les éléments de définition avancés pour caractériser chacun des privilèges. Toujours avec la "complicité passive" d'une doctrine qui, tant bien que mal et non sans contradictions internes⁵⁷⁵, face à des notions très obscures, finit par faire son choix parmi les critères proposés, parce qu'il faut bien donner une définition à des concepts incontournables. L'on défie toutefois de trouver un auteur qui soutienne obstinément ne jamais avoir éprouvé une sensation de vertige, au minimum un manque de maîtrise, à la lecture des concepts⁵⁷⁶.

À l'analyse, le malaise est d'ailleurs perceptible entre les lignes. Nombreuses sont les expressions paradoxales qui témoignent une appréhension difficile à avouer lorsqu'il s'agit de la dépasser pour livrer une définition "précise", le plus souvent dans un traité⁵⁷⁷.

définition donnée à la décision exécutoire (l'auteur cite A. MAST, A. BUTTGEBACH et P. WIGNY). Cela n'est pas incorrect en ce qui concerne la décision exécutoire, dont la définition est d'ailleurs volontairement vague et abstraite, mais pas s'agissant des privilèges.

⁵⁷⁴ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, *Ann. dr.*, 1996, p. 277. Comp. MORANGE, "Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux", *R.D.P.*, 1977, p. 762 : "Plus la notion est présentée comme fondamentale, plus les incertitudes la concernant deviennent grandes".

⁵⁷⁵ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 21.

⁵⁷⁶ Et pas seulement chez M. HAURIU.

⁵⁷⁷ En droit français, M. HAURIU écrivait déjà à propos de l'action d'office : "il faut bien comprendre ce que cela signifie" (10^e éd., 1921, p. 20), expression parmi d'autres qui traduit en réalité son contraire, tout en permettant de donner le change. En réalité, l'auteur lui-même souhaite traduire en termes précis une idée vague et générale qui le dépasse par sa complexité. Dans le même genre : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, resp. p. 18 et p. 231 : le "sens général" de la prérogative et "Pour bien comprendre la portée de ce privilège"; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51 : "Voici ce qu'on entend par là"; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 59 : "correspond à l'idée que"; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, p. 554, n° 935 : "Voici comment se pose le problème"; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391 : "On veut dire par là"; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, p. 210, sn, en titre : "signification de la règle"; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668 : "saisir en quoi ils consistent", "on veut dire par là"; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24 : "C'est en cela que consiste". On trouve naturellement des expressions équivalentes en droit belge. P. WIGNY, pour prendre un exemple significatif, se focalise rapidement sur ce qu'il nomme "l'idée fondamentale" de la décision exécutoire plutôt que de s'attacher rigoureusement à sa définition. Or, tout au plus se limite-t-il à rappeler les deux termes de la combinaison mystérieuse lorsqu'il indique simplement que "la décision exécutoire est un acte administratif unilatéral qui

Certains auteurs ont eu le courage de dénoncer un "manque de synthèse"⁵⁷⁸ ou l'héritage d'un "dictionnaire des idées reçues"⁵⁷⁹. De telles remarques ne permettent toutefois pas de prendre conscience de l'importance de l'incertitude qui règne.

Celle-ci ne concerne pas seulement l'exactitude des idées développées ou des critères de définition avancés. Elle se situe aussi à un niveau plus primaire, plus fondamental. Les idées et les critères varient d'un auteur à l'autre, et parfois d'un privilège à un autre⁵⁸⁰. Les variations touchent indistinctement le privilège du préalable et le privilège de l'exécution d'office, mais dans une mesure plus importante le privilège du préalable, semble-t-il. Bref, le contenu des privilèges n'est pas constant. Ce qui est évidemment gravissime concernant des notions fondamentales.

241. Un constat identique en jurisprudence. Le même état des lieux a été relevé en jurisprudence. Il fallait s'y attendre. Mais le constat n'est pas du tout rassurant. Car les privilèges y ont une portée pratique considérable, d'abord pour l'administré⁵⁸¹, mais parfois aussi pour l'administration.

C. DOYEN indique à cet égard que les principes sont généralement invoqués devant les juges, mais que ceux-ci abordent rarement la question et n'y consacrent guère de développements. "Or, l'analyse de ces principes se révèle importante, puisqu'ils indiquent la limite, s'il y a, que doit s'imposer le juge lorsqu'il est amené à prendre des mesures vis-à-vis de l'administration"⁵⁸².

comporte une *décision* entraînant des effets de droit et qui est directement *exécutoire*, même en cas de contestation et de résistance" (*op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 209, p. 159, *id.*). À la manière d'A. de LAUBADÈRE : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 344 et J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220, p. 307. *Add.* B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 246 : "l'idée selon laquelle"; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 22 : "il convient d'être attentif à la signification exacte de cette faculté"; C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, p. 391, n° 861 : "Gelet op de voorrechten (zoals het privilege du préalable, enz.)" (...) (!). Rem., pour finir, que les auteurs ont pris l'habitude de classer les auteurs en deux écoles, l'une pour, l'autre contre, et d'énumérer les théories les unes à la suite des autres, le plus souvent par extraits, comme s'il n'était pas possible de les rendre compatibles ou homogènes. Signe supplémentaire de l'incohérence généralisée.

⁵⁷⁸ M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 6. L'auteur souligne aussi l'absence d'unanimité parmi les auteurs les plus autorisés (p. 12).

⁵⁷⁹ R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 2.

⁵⁸⁰ Pour des exemples, voy. ci-dessous, tout au long de l'analyse. En effet, les éléments de définition sont systématiquement rattachés, dans la mesure du possible, à une force ou à un privilège.

⁵⁸¹ En effet, lorsque le juge est confronté aux prétentions d'un particulier qui se prétend victime d'une action administrative illégale, il doit se voir fréquemment opposer l'existence de privilèges largement répercutés dans les textes. Il lui faut alors une bonne dose de courage pour décider de s'écarter de ces principes qui lui paraissent sans doute confus, mais qui sont présentés avec conviction comme étant sacro-saints, y compris par les auteurs les plus éminents. Pris par le quotidien, voire par le temps, il est enclin à leur faire confiance.

⁵⁸² C. DOYEN, "Le référé et l'administration. Exposé de jurisprudence", in *Jeune barre de Liège. L'administration face à ses juges*, 1987, pp. 177 et 178, ici p. 178. Selon l'auteur, "Les juges ne procèdent pas à une analyse systématique des principes généralement invoqués pour limiter les pouvoirs du juge des référés à l'égard d'un acte administratif, tels que (...) le principe de la séparation des pouvoirs (ou des fonctions), celui de la continuité des services publics, le privilège de la décision exécutoire, dit encore privilège du préalable" (pp. 177 et 178). Il faut donc éviter de croire, à l'instar de ce que l'on connaît en droit français, que lorsque la Cour

Il n'en reste pas moins que les privilèges jouent régulièrement le rôle de "couperets". Ils l'ont joué de manière soutenue par le passé. Le privilège du préalable, surtout, a servi à écarter, et donc à résister, face à la faculté progressivement reconnue au juge des référés judiciaire de suspendre l'exécution d'un acte administratif, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale en Belgique⁵⁸³. Plus récemment, en 1991, la Cour d'appel de Liège a encore fait droit à la défense d'une administration qui se fondait sur les privilèges affirmés en doctrine pour revendiquer le droit à exécuter une décision individuelle par la force et sans l'autorisation préalable du juge⁵⁸⁴. Bref, contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'enjeu du débat n'est donc pas du tout théorique. Il est au contraire éminemment pratique. Il exige le plus grand soin.

À noter qu'à la différence de la doctrine, la jurisprudence⁵⁸⁵ est généralement focalisée sur un élément de définition à la fois. Le phénomène tient à la démarche particulière du juge, en l'occurrence inverse à celle de l'auteur. Il s'agit pour lui, non d'élaborer une théorie, mais de dégager une règle précise à appliquer dans un cas d'espèce concret et particulier. Au demeurant, le juge se réfère souvent à cette règle au moyen du langage et des catégories qui sont les siens⁵⁸⁶.

Néanmoins, il arrive que plusieurs éléments différents reçoivent isolément et successivement le même nom, en particulier celui de privilège du préalable. Il arrive aussi que des noms différents soient donnés au même élément en jurisprudence, y compris au sein d'une même juridiction.

d'arbitrage, en particulier, évoque un des privilèges, elle souhaite consacrer sa valeur constitutionnelle, et cela surtout lorsque le principe n'a pas une valeur normative en soi. La Cour n'est alors que le réceptacle de conceptions doctrinales parfois ténébreuses, souvent liées à la tradition. Comp. cependant F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, pp. 1 (et 12), selon qui le Conseil d'État français n'emploierait déjà pas volontiers l'expression "prérogative de la puissance publique". En général, les notions sont donc plutôt évitées. Et à défaut, leur sens dépend encore de celui qu'en donne la partie qui l'invoque.

⁵⁸³ Voy. *infra*, n° 264 et s.

⁵⁸⁴ La décision est commentée en substance *infra*, n° 419, en même temps que l'arrêt de la Cour de cassation la cassant, rendu le 20 janvier 1994. *Add.* C.T. Mons, 18 février 1994, *Justel* (sommaire) et le privilège du préalable aux trois forces composées à partir de M.-A. FLAMME, A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, ainsi que J. RIVERO, *analyse infra*, n° 567, note 298. Comp. concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ préc. Cass., 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1184; J.P. Huy, 26 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 98, obs. J.-M. DERMAGNE, "Mécanisme "adéquat" de récupération d'un salaire indu" : "pour justifier sa position, (l'administration) se retranche derrière des affirmations unilatérales et critères administratifs peu accessibles au profane"; civ. Nivelles (réf.), 1^{er} octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 44 : le juge relève à propos du privilège du préalable avancé pour justifier une exécution forcée par voie de compensation, que l'administration ne cite les auteurs à cet égard que partiellement ... Au rang des affirmations inutiles mais dangereuses, puisqu'il s'agissait seulement d'appliquer un texte, comp. av. gén. F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578, à partir de WIGNY, MAST et BUTTGEBACH.

⁵⁸⁵ La jurisprudence concernée est celle des cours et tribunaux ordinaires ainsi que du Conseil d'État, mais aussi de la Cour d'arbitrage, sans oublier la "légisprudence" de la section de législation du Conseil d'État. Ces deux dernières autorités interviennent inéluctablement dans l'élaboration de la théorie, mais seulement depuis leur création et dans une mesure déterminée.

⁵⁸⁶ Comp. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 308, n° 727, à propos de la renonciation aux privilèges : le juge se prononce en la matière en termes de recevabilité et de compétence. Tel est en partie le cas en ce qui concerne les privilèges. Cependant, les expressions sont régulièrement mentionnées, mais sans véritable apport normatif, c'est-à-dire par un phénomène de pure réception. Il s'agit avant tout de concepts doctrinaux. À noter que le juge se réfère de temps à autre aux auteurs qui acquièrent de la sorte une légitimité parfois surprenante, notamment en matière administrative. Quant aux conclusions du ministère public et aux rapports de l'auditeur, ils sont parfois l'occasion de verser dans l'élaboration de théories.

L'analyse qui suit en donnera de nombreux exemples.

242. La nécessité d'une méthode. Face à un tel état des lieux, il faut certes réagir, mais surtout avec méthode.

Contrairement à l'habitude, les auteurs ne peuvent pas être classés par courants. D'une part, les changements d'une définition à l'autre ne sont pas toujours cohérents. Ils ne répondent pas à une logique particulière, au-delà de celle déjà mise au jour. Le privilège du préalable, en particulier, joue en quelque sorte le rôle d'une notion fourre-tout, mais dont certains éléments sont parfois prêtés à l'exécution d'office. On ne peut rien conclure de plus. D'autre part, les variations sont parfois très limitées⁵⁸⁷, voire sans nuance. De telle manière qu'il faut envisager le problème d'un point de vue global, indépendamment des théories individuelles et d'une critique qui pourrait être particularisée pour chaque auteur, mais sans apporter aucune vue d'ensemble⁵⁸⁸.

Il convient, autrement dit, de privilégier le contenu. D'autant qu'en règle, les mêmes éléments de définition reviennent régulièrement. Quant à la méthode d'analyse, elle reste identique. Elle repose sur la ventilation des éléments de définition à partir des forces de l'acte juridique.

En fin de parcours, une fois le ou les privilèges identifiés avec précision, il conviendra encore de répartir les noms et de reprendre la question terminologique pour choisir, parmi les différentes expressions rencontrées, celles qui conviennent le mieux pour les désigner.

2. L'analyse du contenu

243. Introduction. On se souvient de la définition des privilèges énoncée à titre d'exemple en début de chapitre⁵⁸⁹. Il convient maintenant de confronter l'ensemble des définitions proposées par les principaux auteurs de la deuxième moitié du vingtième siècle. Or, leur analyse

⁵⁸⁷ Les noms ou les expressions sont parfois mélangés pour désigner des forces différentes, jusqu'à inverser les contenus. Les éléments de définition sont parfois distillés entre les deux privilèges, sans toujours respecter une cohérence liée aux forces de l'acte juridique. Il est fréquent de constater le passage d'un élément de définition récurrent d'un privilège à l'autre, lorsque deux privilèges se sont imposés, car diverses combinaisons sont possibles à partir de quelques éléments de définition. Bref, il est difficile de tracer des lignes claires, voire impossible d'y mettre de l'ordre.

⁵⁸⁸ D'autant que, confrontés à un contexte incertain, les auteurs y vont souvent de leur propre théorie, sans partir des mêmes prémices et sans nécessairement tenter de confronter les points de vue. Ils se contentent généralement d'invoquer quelques auteurs, d'aligner les définitions, et de les assortir, parfois, de critiques singularisées. Si bien qu'il est très difficile de tracer des lignes claires et générales, en particulier d'identifier un consensus, voire même une conception majoritaire autour du contenu donné au(x) privilège(s). Les critiques fusent également de toute part mais, partant chacune d'un point de vue différent, elles ne permettent jamais de construire réellement. Ainsi, non seulement il n'est pas matériellement possible de relater toutes les opinions et de les critiquer toutes, car la liste s'est singulièrement allongée depuis l'après-guerre. Mais surtout une telle démarche n'est pas souhaitable car elle ne permet pas la quintessence. Quant aux développements qui précèdent au sujet de la théorie de M. HAURIU, ils suffisent à en décourager dans une matière aussi complexe.

⁵⁸⁹ Voy. *supra*, n° 113.

révèle un même éclatement en divers éléments. Les privilèges ont l'allure de mini-traités de droit administratif⁵⁹⁰. Ils sollicitent les trois forces de l'acte juridique, surtout au sein du privilège du préalable.

Les principaux éléments de définition concernés sont les suivants. Ils sont ventilés selon la force à laquelle ils se rapportent ou devraient se rapporter.

Pour ce qui concerne la force exécutoire, la dispense de l'intervention du juge pour autoriser le recours à l'exécution forcée est clairement mise en exergue. Le sursis à exécution lui est directement associé, dont on verra cependant qu'il détermine également l'existence d'une présomption de légalité et qu'il déborde surtout l'exécution forcée pour se rapporter à l'ensemble du phénomène exécutoire.

Sur le plan probant, une présomption de légalité est avancée. De même qu'un renversement soutenu de la charge de la preuve ou de l'action. Les éléments sont intimement liés entre eux.

La force obligatoire est aussi sollicitée. Le mode unilatéral d'intervention est fortement appuyé.

L'histoire du privilège commande de commencer l'analyse par son noyau dur, à savoir sa force exécutoire. Il faut s'attendre, logiquement et par souci de rigueur, à l'isolement des deux autres forces. Mais elle n'interviendra qu'en fin de processus, le cas échéant.

a. La force exécutoire

aa. L'élément central

244. Le contexte étonnant. Le plus étonnant, durant la période considérée, est la coexistence de conditions strictes imposées par la jurisprudence au recours administratif à la force, d'une part, et, d'autre part, de l'idée persistante dans une partie considérable de la doctrine que le privilège de l'exécution d'office caractériserait l'action administrative.

Depuis 1902, en effet, la doctrine de M. HAURIU est condamnée par la jurisprudence sur ce point⁵⁹¹. La déclaration solennelle de M. ROMIEU est sans appel : c'est "un principe fondamental de notre droit public que l'administration ne doit pas mettre d'elle-même la force

⁵⁹⁰ Comp. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 202bis, p. 308, note 1, au sujet de l'exécution provisionnelle (le "prétendu privilège du préalable") dont il n'existerait pas d'exposé vraiment complet. "La matière en est répartie dans une série de rubriques disparates : principe de l'effet non-suspensif des recours, sursis à exécution, exception d'illégalité et recours en appréciation de légalité des actes administratifs, sanction des règlements et application de l'art. R. 26 - 1° du Code pénal, référé administratif, etc ... Cette dispersion est assez fâcheuse parce que le problème de l'exécution provisionnelle est marqué par une grande unité interne et parce que chacune des solutions particulières ne trouve son sens que par rapport aux autres, à l'intérieur d'un contexte relativement complexe".

⁵⁹¹ Rem. J.-P. LASSALE, note sous C.E., Dame Klein, S., 1961, 3, 249 : non seulement la théorie de M. HAURIU est "aujourd'hui unanimement condamnée par la doctrine" mais, au "début du siècle déjà", elle l'était par les conclusions de ROMIEU. Depuis, la jurisprudence n'a cessé de confirmer celles-ci de manière abondante.

publique en mouvement (...)»⁵⁹². En règle, l'intervention du juge est indispensable⁵⁹³. Et c'est uniquement à certaines conditions strictes et limitatives que le recours à la force est toléré. Ce dernier est donc clairement subsidiaire.

Néanmoins, plusieurs auteurs⁵⁹⁴ ont dû continuer à contester les idées de M. HAURIU après la Seconde Guerre mondiale, dans le prolongement de la période précédente. À l'époque, selon R. CHINOT, la doctrine manque en effet de netteté sur le point de savoir si le privilège de l'exécution d'office est général⁵⁹⁵. Aucun auteur n'aurait encore construit une théorie à la fois complète et exacte de l'exécution d'office⁵⁹⁶.

245. L'exécution forcée sans l'autorisation préalable du juge. Aussi l'exécution forcée continue-t-elle de détenir la vedette du privilège de l'administration, d'au moins un privilège lorsqu'ils sont devenus deux. L'expression la plus souvent associée dans ce cas est celle de (*privilège de*) l'exécution d'office^{597 598}.

⁵⁹² S., 1904.3.20 et 21 : «(...) pour assurer *manu militari* l'exécution des actes de puissance publique, et qu'elle doit s'adresser d'abord à l'autorité judiciaire, qui constate la désobéissance, punit l'infraction, et permet l'emploi des moyens matériels de coercition».

⁵⁹³ R. CHINOT, *op. cit.*, p. 99 : «en l'absence de textes spéciaux, la procédure normale d'exécution est judiciaire pour l'administration comme pour les particuliers».

⁵⁹⁴ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962.

⁵⁹⁵ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 21, suivi par R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 117, note 314.

⁵⁹⁶ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 29, en dépit des conclusions du Commissaire du gouvernement ROMIEU.

⁵⁹⁷ L'expression est d'ailleurs utilisée par M. ROMIEU. Comp. aussi M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 8 et l'exécution préalable, pp. 350 et 351. Toujours en droit français : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 10; R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945 (son étude y est entièrement consacrée); L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 764, p. 526, note 1 et n° 1197, pp. 871 et 872; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, p. 21, note 1 (l'auteur privilégie cependant l'action directe); C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (et p. 2 : «agir directement»); C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 26, p. 762; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 59 et 62 (et l'exécution forcée ainsi que l'action d'office); NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 53 et s. (et l'exécution forcée ainsi que l'action d'office); M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 12 et 13 (ainsi que l'exécution forcée et l'action directe); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, princ. pp. 425 et s., n° 306 et s.; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, p. 17 et § 2, pp. 554 à 556, n° 935 à 939; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 213 et note 29, ainsi que p. 222, n° 153 (l'auteur préfère l'exécution forcée); J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 302; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, pp. 245 et 246; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, pp. 353 et 354, n° 830 à 832; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 404 à 406; J.-C. VÉNEZIA, in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, *op. cit.*, 1977, p. 368; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 272, n° 706; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 69, 400 et 401 ainsi que pp. 390 et 391; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 158, p. 222 (l'auteur préfère l'exécution forcée administrative, directe, immédiate); J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, Jurisclasseur administratif, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 8; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104 (et l'exécution forcée); G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, pp. 5 et 38; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNEZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, pp. 667 à 670, n° 977 à 980; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 44; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 66 et 67; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 94; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 324; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 63; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1357, p. 1060 (expression qualifiée d'«usuelle»); J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997,

L'unanimité formée autour de la dispense de l'intervention du juge (pour autoriser le recours à la force publique) est confirmée et maintenue^{599 600}.

p. 349; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270 (la conception de l'auteur est toutefois ambiguë). Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, pp. 60 à 62, n° 48 à 87; J. BRETTE de La GRESSAYE, in *Etudes offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 308. Rem. G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 179 à 181 et 188 à 194 : le privilège du préalable et l'exécution d'office sont consacrés à l'exécution forcée. Chez A. DEMICHEL, l'exécutoire d'office concerne également la force obligatoire à travers l'obligation d'exécution volontaire (*op. cit.*, 1978, p. 109). *Contra* : A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, pp. 85 et 109, pour qui l'exécution d'office est le genre qui comprend notamment l'exécution par la force, mais pas toujours ni nécessairement. L'unanimité n'est donc pas complètement réalisée autour de l'expression, même si l'incohérence terminologique déjà mentionnée plus haut vise surtout le privilège du préalable. P. PACTET, par exemple, soutient à l'inverse que ce pouvoir est généralement désigné par les auteurs sous les termes de privilège d'action d'office ou privilège du préalable (*op. cit.*, 1952, n° 39, p. 66). À noter pourtant qu'en note, l'auteur déclare écarter l'exécution d'office au bénéfice de l'action d'office parce que l'expression impliquerait l'exécution forcée directe en tant que privilège général (pp. 74 et 75, note 40). Une autre expression est souvent préférée à l'exécution d'office, même si cette dernière est tout de même parfois renseignée. Il s'agit de l'exécution forcée, préférée et exclusivement utilisée par M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 89 et s.; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 111 et s. (malgré l'engouement pour l'exécution d'office); J. CHEVALLIER in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, pp. 62 et 63; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, pp. 20 à 24; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 322 à 326.

⁵⁹⁸ En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 et 1749; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 34, n° 60 («ambtswege», et l'exécution forcée); P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, R.C., 1964, pp. 121 à 124 (et l'exécution forcée); A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220 et 222, pp. 307 à 310; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 127; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 15; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, pp. 265 et 365; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812 et 813, pp. 832 à 835; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, pp. 34 à 36, n° 87 à 90; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21. Add. C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 249 à 251 et *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 à 140 : l'auteur consacre nettement les deux privilèges à l'exécution forcée, de même qu'à sa suite G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 475 et 476. Add. S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 14, l'exécution d'office étant fréquemment utilisée en législation. L'expression *exécution forcée* est parfois préférée et utilisée exclusivement : W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45 (voorrecht van parate tenuitvoerlegging); A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, pp. 7 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 et 8. De même que l'action d'office : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 106, pp. 79 et 80. Add. B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 247, note 20. À noter aussi la préférence souvent marquée en jurisprudence (surtout judiciaire) pour le privilège du préalable à cet égard.

⁵⁹⁹ Rien n'est plus normal puisqu'elle figure en évidence dans les conclusions de M. ROMIEU dans l'affaire «Immobilière de Saint-Just». Comp. aussi M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 350, idr : «l'exécution est, en principe, préalable à l'intervention du juge, lorsque celle-ci se produit à la suite de recours contentieux». En droit français : R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225; M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 9, 10, 18, 231 et 232; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, pp. 65 et 66; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, p. 525, n° 762; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 34 et 35; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (pp. 2, 8, 9 et 10); C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 762, n° 26 («sans qu'il ait à intervenir aucune autre autorité»); F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 62; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 17; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, pp. 213 et 214; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 553, n° 963 et p. 556, n° 968; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 118 à 122; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, pp. 353 et 354, n° 830 à 832; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35 et note 53; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 404; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 272, n° 706; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 400, 401, 405 et 406; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 158, p. 222; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 4, n° 9; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 324; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, pp. 37 et 38 (impl.); A. de LAUBADÈRE, J.-C.

246. L'absence d'une réelle comparaison avec le droit commun. Une comparaison avec le droit commun est souvent affichée comme fondant le privilège et son critère^{601 602}. Mais elle est similaire à celle initiée par M. HAURIOU et que l'auteur a rapidement abandonnée. Pourtant, une véritable comparaison aurait pu être adéquate en matière d'exécution forcée. Mais M. HAURIOU l'a faussée en étendant le critère de comparaison - la dispense de l'autorisation du juge - à l'exécution volontaire et à la force obligatoire⁶⁰³.

VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, pp. 44 et 90; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 66 (impl.) et p. 92; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 324; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, pp. 63 à 67; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 178 à 181 et 188 à 194; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1357, p. 1060 (ainsi que n° 199, p. 148 et n° 641, p. 422); J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 349; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270. *Add.* C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, sp. p. 60, n° 49.

⁶⁰⁰ En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 et 1749; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, pp. 33 et 34, n° 58 à 60; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, R.C., 1964, pp. 121 à 124; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 12, p. 21, p. 26, n° 19, n° 105, pp. 78 et 79; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250 et *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 et 139; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220 à 222, pp. 307 à 308; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 126; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 474 et 476; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 15; A. MAST, A. ALÉN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, p. 7 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 et 8; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265 (impl.); H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812 et 813, pp. 832 à 835; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 34, n° 87; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, pp. 21 et 22. *Add.* K. BROECKX, "De executie", in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, n° 6, p. 293.

⁶⁰¹ Le procédé est "usuel, car commode" (R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 103) : "On ne peut bien saisir en quoi ils consistent qu'en les opposant aux procédés dont disposent de leur côté les particuliers pour faire valoir leurs droits" (A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668). En droit français : M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 231 et 232 (tiré de la 10^e édition du précis de M. HAURIOU, mais quasi disparue en 1927); R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, p. 390, n° 452; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, p. 65; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 34 et 35; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 62; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, pp. 17 et 18, et p. 549, n° 927; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 403 (spécificité sans réelle comparaison); P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 16; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 178 à 194; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 637, pp. 421 et 422; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270. *Add.* C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 48.

⁶⁰² On trouve la réflexion d'A. de LAUBADÈRE, mentionnée à la note précédente, chez A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 344 et J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220, p. 307. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 104 à 106, pp. 78 et 79; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 8, mais aussi p. 21, n° 9bis et n° 13, p. 32; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, pp. 98 et 99. Au moins implicitement : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; A. MAST, A. ALÉN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 7 et 9, pp. 6 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 6 et 9, pp. 6, 7 et 8; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 89, p. 35.

⁶⁰³ Il faut rappeler que M. HAURIOU cherchait un élément explicatif du droit administratif dans son ensemble et qu'il croyait l'avoir trouvé dans la prérogative ou le privilège.

Le pli a vite été pris en doctrine. La comparaison véhiculée est restée le plus souvent très sommaire, voire se limite au seul énoncé de la différence par rapport au particulier, sans autre commentaire. La portée de l'intervention du juge est souvent démesurée. Elle se rapporte à toute contestation. L'ensemble de l'activité administrative est présentée comme étant privilégiée, ce qui, pourtant, n'est plus le cas, surtout depuis 1902.

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que toute comparaison ait eu tendance à disparaître en doctrine. En France, une partie des auteurs a choisi d'éviter le terme de privilège, certains même de le contester⁶⁰⁴. Principalement en raison de son champ d'application étroitement limité.

247. Un privilège souvent démesuré. Une telle attitude est certainement préférable à celle qu'il est parfois donné de lire dans plusieurs traités et précis de droit français⁶⁰⁵ et dans une importante partie des précis de droit belge⁶⁰⁶, y compris parmi les plus récents. Elle consiste

⁶⁰⁴ En droit français : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, not. pp. 56 et 101; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 375, n° 880, et p. 436, n° 1010 (à propos de l'exécution d'office et pour trois raisons : domaine strict, garanties des particuliers, quasi-obligation pour l'administration), et pourtant *contra* n° 694, pp. 293 et 294 et n° 1012, pp. 436 et 437 (à propos de la décision exécutoire : il ne saurait pas s'agir d'un privilège parce qu'elle est le droit commun de l'action administrative, il s'agit donc - aussi - d'une compétence); G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401 (elle ne serait pas ignorée du droit privé, mais sans développements à cet égard). En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754 et 1755, concernant la décision exécutoire ainsi comprise et le privilège de l'exécution d'office : des concepts empruntés à une étrange doctrine et n'ayant pas développé de racines en droit belge parce qu'étroitement limités; ceci malgré que l'auteur ait précisé que les défendeurs du privilège l'ont enserré dans des limites très étroites et que l'hypothèse contestée ait été cantonnée à l'absence de voie d'exécution ou de répression établie par la loi.

⁶⁰⁵ L'affirmation de J. RIVERO et J. WALINE est évocatrice : "l'administration n'a jamais besoin, pour l'y contraindre (à l'exécution), de se faire délivrer par le juge un titre exécutoire, comme le font les particuliers entre eux. C'est ce caractère que met en plein relief le terme même de décision exécutoire" (*op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93, a et idr). Comp. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 350 à 353. Dans la même veine : M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 9, 10, 18, 231 et 232; R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 20 et 21, 34 et 35; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 62; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, pp. 17 et 18; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 44; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, pp. 93 et 94; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 177 à 185, surtout à travers le privilège du préalable : toujours, toutes les décisions; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270 (il est toutefois averti p. 269 que les décisions exécutoires "peuvent être appliquées d'office; la question du recours à l'exécution forcée est plus discutée"). *Add.* C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 48 à 55; J. BRETHE de La GRESSAYE, in *Etudes offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 308. Comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 48, 104, 117 et note 315, 122 ainsi que 140 à 144 (relaté en note ci-dessous). Des auteurs vont même jusqu'à soutenir parfois que le privilège n'est exclu qu'en présence d'un refus législatif exprès ou d'une exécution aménagée, de telle sorte que l'administration ne saurait pas y prétendre ! Voy. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, p. 763 : il s'agirait de la théorie classique. Comp. M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, p. 18 (certaines autorités, certaines matières).

⁶⁰⁶ Telle serait en effet l'opinion majoritairement acceptée selon A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749. L'auteur n'a pas tort : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 209, p. 159; M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, R.C., 1964, pp. 121 à 124, spéc. p. 123; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 344 et 345; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 12, p. 21 (in beginsel en uiteraard), p. 26, n° 19, n° 104, p. 78 et n° 106, p. 79 (le caractère exécutoire est cependant compris au sens large); C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 250 et 251 et *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 à 140 (seule l'exécution forcée privilégiée est limitée; p. 138 : le bénéfice d'un titre exécutoire "revient normalement à la puissance publique"); A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p.

dans la formulation du privilège en termes généraux⁶⁰⁷, malgré son importance pratique limitée. À la lecture partielle de ces ouvrages (ou par leur citation partielle⁶⁰⁸), il est donné de croire que l'administration peut agir de manière forcée dans toutes les circonstances et dans toutes les matières.

Une telle présentation entretient une croyance déjà répandue parmi les administrés selon laquelle l'administration serait toute-puissante et qu'il serait vain de lui résister. Elle contribue à ancrer une tradition inexacte dans l'inconscient collectif. Elle conduit à l'élaboration d'une sorte de théorie justificative⁶⁰⁹, pourtant incorrecte, à la fois dans son principe et dans ses prémisses. Elle revient à caractériser par l'exception.

C. EISENMANN identifie ce "mouvement" avec la dérision qui convient. Il parle à son sujet des "fanfares du privilège de l'exécution d'office et du privilège du préalable"⁶¹⁰ dans les ouvrages généraux⁶¹¹. Il souligne par là le profond divorce entre la théorie et la réalité.

Le plus souvent, on ne peut même pas dire que les auteurs concernés soient eux-mêmes convaincus par la généralité de leurs propos. Le plus extraordinaire est en effet de devoir constater, chez les mêmes auteurs, une contradiction fréquente⁶¹² entre, d'une part, la généralité

319; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220 à 222, pp. 307 à 308; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, pp. 126 et 127 ("moyennant certaines conditions", sans plus); G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 474 à 476; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, pp. 19 et surtout 20: "Le privilège du 'préalable' n'a de sens et d'effet que s'il concerne à la fois la prise de la décision et son exécution matérielle", au point de risquer timidement, n° 9bis, p. 21, l'existence d'un seul privilège et non pas deux; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, pp. 98 et 99; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, pp. 35 et 36 (dans la foulée de M.-A. FLAMME); P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21. Comp. av. gén. F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578; D. DÉOM, *op. cit.*, 1990, p. 123, n° 74 (hésitation, mais seulement en note 12). Rem. H. BUCH, in C. PERELMAN (éd.), *op. cit.*, 1968, p. 458 (et p. 450): "Avant toute intervention d'un juge et sauf les cas où exceptionnellement la loi en dispose autrement, l'administration 'dit le droit' et passe à l'exécution de sa décision". À l'instar du droit français, à noter l'indication de la loi comme limite aux privilèges par l'organisation de procédures particulières: F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 107, p. 81.

607 L'utilisation du terme exécutoire pour désigner tantôt la force obligatoire, tantôt l'exécution non forcée, n'est pas étrangère à ce sentiment. Mais il reste toute une série d'auteurs qui, au-delà de l'amalgame, continuent à formuler de manière générale le privilège lié à l'exécution forcée.

608 Voy. ci-dessus, n° 241.

609 Comp. C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1).

610 C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 20, p. 760. Une autre expression de l'auteur, formulée à propos de la centralisation et la décentralisation, a été reprise par G. DUPUIS à propos du privilège: "une de ces 'singulières cacophonies' intellectuelles" (*op. cit.*, T. II, 1962, n° 382, p. 535).

611 Il semble en effet que le phénomène existe surtout dans les précis et les traités, nettement moins dans les monographies et les articles consacrés au sujet, à l'image de deux mondes différents. Les premiers véhiculent le plus souvent une conception traditionnelle des privilèges, héritée en grande partie de M. HAURIU, sauf qu'elle se fixe à un moment donné autour de deux privilèges. Les seconds, en revanche, s'attachent le plus souvent à démonter les privilèges ou à en souligner la relativité. Le plus étrange est de voir les premiers continuer à véhiculer des idées pourtant clairement mises en cause par les seconds. Mais le pire est sans doute que les premiers réfèrent largement aux seconds, sans en tirer toutefois les conclusions appropriées.

612 Elle est déjà dénoncée par C. EISENMANN, sur base d'un échantillon plus limité: "Chose extraordinaire (...): la thèse dominante est fondée sur l'idée contraire; cela est vrai, et cependant les auteurs qui la maintiennent aujourd'hui, qui la prennent comme base, donnent de l'arrêt l'analyse même que l'on vient de donner" (*op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, p. 763). L'échantillon est largement étoffé par G. DUPUIS avec la même

d'abord affichée du privilège et, d'autre part, la mention décalée par rapport à elle des conditions posées au recours à l'exécution forcée. Le paradoxe vient surtout de ce que ces conditions sont le plus souvent exposées à quelques pages d'intervalle du privilège, dans les mêmes traités ou précis^{613 614}, en reconnaissant le caractère exceptionnel de l'exécution forcée, mais sans prendre la peine d'inverser le principe initialement formulé.

G. DUPUIS écrit à cet égard qu'en doctrine "l'accord est à peu près unanime en ce qui concerne la présentation du privilège d'exécution forcée en lui-même, mais que des divergences importantes apparaissent quant à sa signification dans l'ensemble du droit administratif"⁶¹⁵.

conclusion: *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 552 à 561, n° 391 à 399. Le précis de M. de LAUBADÈRE (disciple d'HAURIU), mais aussi celui de J. RIVERO, est pointé du doigt comme le plus nettement en contradiction avec la doctrine dominante, faisant de l'exécution d'office le principe et non l'exception. L'auteur relève par ailleurs des évolutions chez les auteurs, d'une édition à l'autre de leur ouvrage.

613 Les traits sont appuyés de manière à permettre la caricature. Globalement, toutefois, les privilèges sont présentés comme des principes incontournables alors qu'ils représentent l'exception en pratique. Ils devraient donc être formulés comme tels en théorie, d'entrée de jeu. Comp. à cet égard M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 350 et 351, d'une part, et, d'autre part, pp. 352 et 353, mais aussi pp. 474 et 475 et par exemple dans une note in S., 1911, 3, 33: "la question de savoir si l'autorité administrative a, d'une façon générale, le droit d'aller jusqu'à l'exécution forcée de la loi par la voie administrative (...) est pratiquement tranchée depuis (...) 1902 (...) en ce sens qu'à défaut de moyens de sanction judiciaire, il faut admettre que les lois sont sanctionnées par la coercition administrative". Toujours en droit français: R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 226 et 227 (l'auteur ne mentionne pas les conditions mais la privation du privilège pour les questions de liberté individuelle et de propriété juste après le principe général); M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, comp. pp. 9, 10, 18, 231 et 232, d'une part, et, d'autre part, pp. 320 et 321; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, comp. pp. 62 et 166; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, comp. n° 23, pp. 17 et 18, d'une part, et, d'autre part, n° 226, pp. 137 et 138, et pp. 554 à 556, n° 935 à 939 (la contradiction transparaît de l'ensemble des développements, sans arrêt tiraillés entre la règle et l'exception de l'usage de la force); A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, comp. p. 668 et p. 669; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, comp. n° 99, pp. 93 et 94, et n° 100, pp. 94 et 95; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, comp. pp. 178 à 185 (le privilège du préalable) et pp. 188 à 194 (l'exécution d'office); C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, comp. pp. 270 et 272. *Add.* C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, comp. p. 60, n° 48 à 54 et pp. 60 à 62, n° 56 à 81, sp. n° 81.

614 En droit belge: P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, comp. n° 209, p. 159 et n° 210, p. 160; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, comp. n° 377, p. 345 et pp. 346 à 348; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, pp. 308 à 310; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, comp. pp. 45 et 46; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, comp. n° 9, pp. 19 et 20, d'une part, et n° 9bis, p. 21, écrit par J.-M. FAVRESSE, ainsi que n° 13, p. 31; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, comp. p. 98 et p. 99 (moins fréquemment); P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, comp. p. 21 (à certaines conditions) et p. 22 en plus petits caractères (par exception). Comp. A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 319 et 325 (l'auteur soutient finalement que le privilège n'existe que lorsqu'il est prévu par un texte légal). À noter que C. CAMBIER ne dément pas le caractère général du privilège. Il se limite à énoncer que "Certaines mesures dont l'objet est de contraindre le particulier dans sa personne et dans ses biens, ne pourront être opérantes que par intervention du juge", telles l'expropriation et la sanction pénale (*op. cit.*, 1968, pp. 250, 251 et note 1; comp. du même auteur, *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 et 139, et notes 9 et 13). De la même manière: G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 475 et 476.

615 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 387, p. 542. L'auteur souligne l'important paradoxe de la situation durant la seconde moitié du vingtième siècle. Tout semble en effet démontrer l'absence d'un privilège général. La jurisprudence administrative est claire et constante. Le contentieux de la voie de fait est florissant. L'est également le contentieux de la responsabilité administrative. Et pour couronner les institutions censées calmer les ardeurs administratives, des infractions pénales sont prescrites en cas d'abus de force publique. Voy. *ibidem*, p. 429, n° 309, n° 382 et 383, p. 537 et n° 539bis, p. 540.

Quant à NGUYEN-VAN-BONG, il prêche pour que "l'on cesse d'affirmer comme une réalité incontestable ce qui n'est que vue de l'esprit"⁶¹⁶.

248. Un privilège à l'image du contentieux. Le paradoxe rencontré en doctrine s'explique à nouveau par l'état du contentieux administratif qui n'a pas évolué, jusqu'il y a peu, à la différence de la "réglementation" des conditions imposées au recours à l'exécution forcée.

En effet, les modalités du contrôle opéré par le juge administratif sont longtemps restées identiques. Sauf excès majeur⁶¹⁷, le seul risque encouru par l'administration était financier et très différé. Bref, le manque de contrôle a persisté. Il a maintenu l'état de fait à l'origine de la théorie de M. HAURIOU⁶¹⁸ et dont le reflet, logiquement, a persisté en doctrine.

Durant tout ce temps, le paradoxe n'en est pas moins resté bien réel. Car, depuis 1902, les principes existaient pour encadrer l'exécution administrative. Mais, en l'absence de véritable sanction, ils n'ont offert "qu'une garantie très insuffisante pour les administrés : ces conditions ne sont que des limites juridiques et sur le terrain du fait l'administration peut être tentée de les dépasser"⁶¹⁹. De telle manière que celle-ci est restée longtemps toute-puissante.

249. Un privilège aujourd'hui dépassé. Tel n'est plus le cas aujourd'hui, depuis l'établissement de moyens efficaces pour contrôler l'action administrative, en particulier depuis les référés administratif et judiciaire en droit belge⁶²⁰. Néanmoins, l'idée persiste en doctrine belge et française, dans une sorte de respect inconditionnel des traditions. Elle a pourtant perdu son "autorité de fait"⁶²¹. Même sur ce plan, elle est devenue inadéquate.

⁶¹⁶ NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 25, ici p. 27.

⁶¹⁷ En cas de violation manifeste, en effet, la voie de fait permet l'intervention du juge judiciaire. Mais à défaut, les voies de contestation ne permettent pas d'intervenir de manière utile, c'est-à-dire rapidement et avant l'exécution forcée qui, de son côté, ne traîne généralement pas.

⁶¹⁸ On sait en effet que M. HAURIOU a traduit cette situation de fait en termes juridiques et de privilège(s). Voy. *supra*, n° 175.

⁶¹⁹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 103. La réparation est presque toujours tardive et incomplète, voire impossible (pp. 69 et 70 ainsi que 104). Elle fait figure de "pis-aller" qui "ne saurait cacher la rigoureuse réalité consistant en la création d'une situation contraire à l'ordre juridique mais dont l'existence même est admise par lui : l'administration, à condition de payer, peut violer le droit" (G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 380, p. 533). Car le résultat pratique de l'exécution forcée, à défaut de pouvoir entraîner une réparation matérielle (en nature), est de mettre l'administré et son juge devant le fait accompli.

⁶²⁰ Voy. *supra*, n° 91 et 97.

⁶²¹ Comp. J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, p. 842 : "la consécration légale d'une différence de fait". Comp. surtout R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 157. L'auteur réserve l'expression pour décrire la force d'inertie illégitime de l'acte administratif (le privilège de juridiction étant une source légitime de résistance face à la contestation), liée aux imperfections et aux vices de l'organisation et du fonctionnement contentieux, dans laquelle l'acte concerné puise une vitalité indéniable, une "persistance face à la contestation" (une procédure dissuasive par son coût, sa lenteur et sa complexité, son égotisme, ainsi que l'inertie de l'administration). Avec ce constat p. 162 : "Il y a là, à son bénéfice, un privilège occulte, qui donne des dimensions et une durée attendues au privilège d'action d'office". Ou encore p. 173, ad : "l'acte administratif (...) bénéficie d'un statut privilégié face à la contestation". Sans omettre que de l'efficacité de la justice administrative dépend le "scrupule de légalité" (p. 164).

En droit, elle était inadéquate depuis 1902 déjà. Si bien que la doctrine n'a pas été unanime durant la seconde moitié du dix-neuvième siècle pour exagérer le privilège de l'exécution d'office. On peut même écrire qu'une majorité des auteurs français lui ont donné d'emblée sa réelle importance^{622 623}. Ils ont contribué de la sorte à "désacraliser"⁶²⁴ le privilège.

Telle est au demeurant la principale conséquence de la crise subie par le privilège au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, dont il faut se réjouir. Certes, il persiste dans une série d'ouvrages cette "tradition solidement établie"⁶²⁵ voulant que l'administration exécute elle-même et directement les décisions qu'elle a édictées. À bien y regarder, pourtant, la grande majorité des auteurs sont aujourd'hui d'accord pour reconnaître que l'administration ne possède aucun privilège général l'autorisant à exécuter elle-même ses décisions, fussent-elles impératives⁶²⁶. Tout est dans la formulation.

⁶²² En droit français : L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, pp. 50 et 51, mais aussi n° 80 à 83, pp. 64 à 66; comp. toutefois n° 452, p. 390 (dans un grand nombre de cas); P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, pp. 525 à 528, n° 762 à 764; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1); C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, pp. 763 et 764; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 53 et s.; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 93 à 101; M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 11 et 12; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 213 et p. 222, n° 153; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 553, n° 963; J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 302; dans le même ouvrage, R. DRAGO, pp. 305 et 314; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 246 (comp. tout de même p. 245); C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 290, n° 688, et pp. 353 et 354, n° 830 à 833; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 404 à 406; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 368; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, pp. 84 et 109; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 272, n° 706; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 63; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, pp. 220 à 227, n° 157 à 162; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisqueur administratif*, fasc. 110 (1989), pp. 3 et 4, n° 8 à 10; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, pp. 22 à 24; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 405 à 407; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 322 à 326 ("un problème limite"); G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, pp. 5 et 37; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 66 et 67; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 323; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 63; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 349; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1357 et 1358, pp. 1060 à 1062.

⁶²³ En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, pp. 33 et 34, n° 59 et 60; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, pp. 160 et 161; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, pp. 7 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 à 9; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, pp. 265, note 2 et 365; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 833. *Add.* B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 247, note 20; K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, n° 6, p. 293.

⁶²⁴ C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 290, n° 688. Ce qui lui a valu notamment la perte répandue du label de privilège.

⁶²⁵ Dont la croyance n'a pas été démentie par bon nombre d'auteurs qui, au contraire, l'ont justifiée et en ont élaboré la "théorie" : C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1).

⁶²⁶ Dans ce sens précis : C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 2). L'idée n'aurait plus rien de nouveau, selon C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 831, p. 354. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 59, p. 33, même s'il souligne le caractère très fréquent de la dispense p. 34, n° 60; M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, pp. 81 à 88, n° 64 à 68 (en matière fiscale, militaire et de police). *Contra* : une série d'auteurs qui insistent sur ce que, si le "droit commun administratif" comporte le recours préalable de l'administration au juge et un droit exceptionnel qui l'en dispense, principalement la loi, il n'empêche que le privilège est, à défaut d'être naturel, général parce que très fréquent, surtout en matière de police qui peut presque se définir par l'urgence et l'ordre public : P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 42, p. 71, ainsi que n° 44 et 45, pp. 74 et 75; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 166 (même s'il est sévèrement réglementé en législation

ab. Les autres éléments

250. Des éléments perturbateurs. Si le système français a permis de croire, jusqu'il y a peu, dans le principe de l'exécution forcée administrative sans l'autorisation préalable d'un juge, il n'étonnera pas qu'une série d'autres éléments de définition aient été prêtés au(x) privilège(s) sous le bénéfice d'une situation contentieuse relativement confuse et en l'absence d'un contrôle efficace de l'administration.

Parmi ces éléments, un certain nombre sont liés aux forces obligatoire et probante de l'acte juridique. La fameuse présomption de légalité des actes administratifs, en particulier, vient notamment de là.

D'autres éléments, en revanche, sont liés à la force exécutoire de l'acte juridique. Ils ont en commun une particularité qui doit être soulignée d'emblée. Ils sont relatifs à l'intervention d'un juge, mais dont l'objet, paradoxalement, n'est pas d'autoriser le recours à la force. À l'analyse, il apparaît que leur mention dans la définition du privilège, au lieu d'éclaircir le concept, a pour conséquence de fausser le raisonnement et de justifier indûment le privilège de fait par des éléments juridiques qui lui sont extérieurs.

L'élément central de la définition du privilège est en effet la dispense d'intervention du juge pour autoriser l'exécution forcée. Certes, la jurisprudence fixe des limites au recours effectif à la force dans cette hypothèse. Mais aucun juge n'est susceptible d'intervenir à temps pour remédier à leur violation. Dans ces conditions, la nuance est faible entre reconnaître l'administration apte à procéder à l'exécution de ses actes sans l'autorisation préalable du juge, d'une part, ou lui reconnaître la même faculté sans l'intervention préalable du juge, d'autre part, c'est-à-dire sans intervention possible d'aucun juge préalablement à l'exécution.

On perçoit mieux de la sorte le vice introduit dans le raisonnement, déjà par M. HAURIOU avec sa comparaison tronquée par rapport au droit commun. À la situation du particulier obligé de recourir au juge pour obtenir satisfaction, la doctrine a pris l'habitude d'opposer celle de l'administration libre de tout juge avant l'exécution. Or, l'administration est seulement protégée par un système qui la met hors contrôle, qui empêche le juge d'intervenir comme il le fait entre particuliers, lorsque l'un d'eux a décidé de se faire justice à lui-même.

comme en jurisprudence); R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 48, 104, 117 et note 315, 122 (une "voie moyenne", un "compromis jurisprudentiel") ainsi que 140 à 144. *Contra* : J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 94. Comp. sur ce point C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 764 et s., n° 29 et s. Le propos de R.-G. SCHWARTZENBERG est particulièrement éclairant. Le privilège serait d'une "rareté pratique, statistique" parce que réduit à une hypothèse très particulière et extrême d'exécution dans la "logique des faits" et "par la force des choses". On ne pourrait toutefois pas en inférer un caractère exceptionnel : "Ce n'est pas l'exécution forcée, en soi, qui est exceptionnelle, mais la résistance. C'est la résistance qui communique, indirectement et nécessairement, son caractère de rareté à l'exécution forcée. Il s'agit moins d'un problème de droit que d'une question de fait" (p. 117). À considérer isolément les cas de résistance, en revanche, "Rare en principe, l'exécution forcée est fréquente en pratique" (p. 122, "toutes les fois qu'elle est réellement nécessaire") au point de constituer une règle par essence" que partagerait (à l'époque) la majeure partie de la doctrine (p. 142).

251. L'enjeu. Il ne s'agit pas, dans les lignes qui suivent, de revenir sur la nature factuelle et contentieuse du privilège, déjà bien établie. Il convient d'opérer un degré plus haut. Il s'agit de dénoncer la formulation théorique du privilège dans la mesure où, depuis M. HAURIOU, elle met en présence des éléments de définition qui ne sont pas nécessairement liés entre eux, mais qui, ensemble, concourent à répandre l'idée préconçue selon laquelle l'administration dispose à sa guise de la force publique.

Sur le plan logique, il faut reconnaître un certain génie dans cette manière de procéder. Un glissement s'opère en effet comme par magie entre, d'une part, une intervention du juge affirmée sans preuve (voire même en présence de preuves contraires) comme n'étant pas nécessaire pour autoriser l'exécution forcée et, d'autre part, une intervention du juge soulignée comme n'opérant justement pas de manière préalable, mais *a posteriori*, alors que son objet est radicalement différent et dépasse largement l'hypothèse de l'exécution forcée.

De tels éléments de définition sont redoutables parce qu'ils contribuent à la persistance, même inconsciente dans l'esprit des auteurs, d'une conception générale du privilège de fait. Ils empêchent aussi une conception réduite du privilège d'exister en pratique, par l'influence inévitable de cette doctrine sur la jurisprudence.

aba. "Obéir d'abord, quitte à réclamer ensuite"

252. L'adage. Premier élément. Un adage, en particulier, apparaît de manière récurrente depuis le dix-neuvième siècle. Il déterminerait le sort de l'administré face à toute action administrative : "obéir d'abord, quitte à réclamer ensuite".

L'adage concrétise l'idée plus générale de l'obéissance présente chez M. HAURIOU⁶²⁷ et de nombreux auteurs⁶²⁸ au moment d'aborder le privilège du préalable⁶²⁹, de même d'ailleurs

627 Voy. *supra*, not. n° 158 et 174, ainsi que M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 350.

628 En droit français : M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 232; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, p. 34; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 60; M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 137 et 138; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 225, p. 336 ("foi et obéissance par provision"); M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 17; F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, p. 11; F.-P. BENOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 907, p. 527; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, not. p. 49 (et s.); C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 36; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 147, p. 207; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 7 ("obligation d'exécution") et p. 4, n° 9; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, pp. 5 et 37; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 63; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1351, p. 1054. Auparavant, l'obéissance immédiate a pu être relevée chez R. DE LACOUR, *op. cit.*, 1905, p. 347; F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 132, p. 140 (sous peine du recours à la force); L. MICHOU, *op. cit.*, T. II, 3^e éd., 1932, n° 206, p. 72 (liée à l'*imperium*). G. JÈZE, quant à lui, s'y est opposé pour lui substituer un peu naïvement la "collaboration forcée" (*op. cit.*, 3^e éd., T. III, 1930, pp. 158 et 159). En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 32; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 211, p. 162 (et n° 198, p. 153) : "La décision exécutoire doit être obéie par tous les intéressés. C'est vrai même si elle est irrégulière. Voilà ce qui en fait la force"; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 378, p. 349; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 105, p. 79; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 147; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 32, n° 83; P. LEWALLE, *op. cit.*,

qu'en jurisprudence⁶³⁰. L'idée est souvent assortie de qualificatifs tels qu'immédiate, préalable ou provisoire, à l'instar de l'exécution.

L'adage connaît du succès ainsi que de nombreuses variantes en France⁶³¹ et en Belgique⁶³²,

1997, n° 3, p. 21 (impl.).

629 L'adage est en effet presque toujours situé au sein du privilège du préalable, le plus souvent conçu comme le pouvoir de décision unilatérale, mais il se rapporte en réalité à l'exécution "volontaire", sous la menace éventuelle de sanctions ou de l'exécution forcée, ce qui justifie qu'on l'aborde ici, tout en protestant contre son assimilation à la force obligatoire qui ne fait qu'embrouiller le débat. Sur ce point, voy. *infra*, la force obligatoire et l'intervention du juge qui doit en être dissociée, n° 301 et s. Rem. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 289, n° 685, pour qui l'adage semble se rapporter aux deux privilèges, comme par exemple chez C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 54. Dans le même sens en droit belge : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, resp. pp. 160 et 161 : l'adage est situé sous le privilège du préalable ("une contestation n'arrêtera pas l'activité des services publics : il faut obéir d'abord et réclamer ensuite. C'est le privilège du préalable"), mais il est "rappelé" (une page auparavant) sous le privilège de l'exécution d'office que "Les services publics ne peuvent être arrêtés" (l'ordre de l'autorité doit être obéi), ce qui montre clairement l'ambiguïté de la notion d'obéissance. Add. C. CAMBIER qui, d'un ouvrage à l'autre, situe l'adage tantôt sous le privilège du préalable consistant dans l'auto-délivrance d'un titre exécutoire (*op. cit.*, 1968, p. 250), tantôt de manière générique sous le pouvoir de décision unilatérale doué des deux privilèges destinés à assurer son efficacité à l'exercice de la puissance publique (*op. cit.*, T. I, 1974, p. 136 : "Une volonté s'exprime qui doit opérer d'emblée"). Rem. enfin W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, pp. 45 et 46 : il situe l'adage sous le privilège de l'exécution préalable.

630 C.E., v.z.w. Vlaamse hogescholen van het lange type (VHOLT), n° 35.658, 16 octobre 1990, R.A.C.E., sp; *Pas.*, 1993, IV, 74 : "Les justiciables sont tenus, en principe, d'observer une décision administrative tant que le juge n'en a pas établi l'illégalité". Rem. av. gén. F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578 : "Il faut obéir d'abord et réclamer ensuite. C'est le privilège du préalable". Add. P. LEWALLE, in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, *op. cit.*, 1997, p. 239.

631 R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 171 : "Les administrés doivent tout subir, et ensuite ils peuvent plaider", et p. 184 : "laisser faire, et réclamer ensuite"; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51 : "obéir d'abord, sauf à se plaindre ensuite"; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 734, p. 501 : "l'administré devra d'abord obéir aux injonctions administratives, quitte à réclamer ensuite devant le juge"; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 60 : "Obéissance provisoire leur est due qu'elles soient légales ou illégales" et la suite; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, p. 18, et p. 549, n° 927 : l'administration "agit d'abord, et c'est aux tiers qui contestent la légalité de son action qu'il appartient de saisir le juge"; F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, p. 11 : "un devoir juridique d'obéissance quitte à faire respecter *a posteriori* ses droits par la voie du recours pour excès de pouvoir"; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206 : "Le citoyen étant d'abord tenu d'obéir, il s'ensuit que les recours formés contre les actes exécutoires n'ont pas d'effet suspensif"; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 289, n° 685 : "Les administrés doivent obéir, exécuter les injonctions de la puissance publique. Ce n'est qu'ensuite que, le cas échéant, ils pourront contester l'action de l'administration"; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28 : "les intéressés sont tenus de s'y soumettre immédiatement et, pour s'en démettre, de s'adresser eux-mêmes à un juge dans un second temps"; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 147, p. 207 : "On s'exécute d'abord; on proteste ensuite", et n° 150, p. 210 : "s'y conformer sans délai, même s'ils estiment que la décision est illégale, même s'ils ont intenté contre elle un recours"; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 16 : "L'administration agit, l'administré conteste après coup". Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 54, ad : "obéir d'abord et (à) discuter après". Rem. G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 5 : "les particuliers sont tenus d'y obéir, et s'ils peuvent saisir le juge, son contrôle n'a lieu qu'après".

632 Déjà avant, rem. P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, § 180, p. 278 : "le particulier qui se croit lésé doit obéir d'abord, quitte à réclamer après"; M. CAPART, *op. cit.*, 3^e éd., 1930, n° 244, p. 347 : "le particulier doit d'abord s'incliner, le droit de réclamer *pro post facto* demeurant sauf". Depuis lors, voy. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, pp. 160 et 161 ou n° 201, p. 154 : "Tant qu'il n'y a pas intervention judiciaire, l'administré doit obéir", et p. 327, n° 414 : "Il faut d'abord obéir, on discutera après"; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250 et *op. cit.*, T. I, 1974, p. 136; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, pp. 45 et 46 : "eerst gehoorzamen en nadien tot aanvechting overgaan"; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 10; R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, p. 17, n° 42 : "les particuliers doivent se plier à leurs décisions, quitte à contester, par la suite, leur légalité devant le juge"; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 32, n° 83 : "De betrokken personen moeten in beginsel eerst de verplichtingen nakomen en dan de

parfois très significatives⁶³³, telles "exécuter d'abord, sauf à réparer ensuite"⁶³⁴, ou l'évocation plus complète selon laquelle les particuliers doivent d'abord obéir puis réclamer ensuite l'annulation, une réparation et, au besoin, la punition du fonctionnaire si l'illégalité est un délit⁶³⁵.

253. Sa valeur historique. L'adage fait figure d'axiome général dans les ouvrages généraux. Comme si l'administré, confronté à toute action administrative, n'avait pas le choix et, même en cas de contestation, ne pouvait réclamer qu'après avoir obéi. La règle n'est pourtant ni aussi simple ni aussi rigoureuse qu'on la présente généralement⁶³⁶. Son seul intérêt est donc de frapper les esprits, de ne pas laisser indifférent⁶³⁷.

M. HAURIOU lui-même semble l'avoir rapidement compris, puisqu'il la délaisse promptement. Il conserve l'obéissance immédiate. Mais, dès 1907⁶³⁸, il remplace le principe de la réclamation ultérieure par celui selon lequel les réclamations des intéressés ne sauraient pas arrêter l'exécution de l'opération (p. 405). Dans les éditions ultérieures, il insiste sur le caractère non suspensif des réclamations ou recours (1921, p. 353; 1927, p. 350). Ce qui prouve tout de même que l'auteur s'efforce de serrer de près la réalité. Peu importe en effet le moment auquel s'exerce le recours, la réclamation, voire même le contrôle, s'il n'est pas susceptible de

uitslag van de gerechtelijke procedure afwachten"; M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 565 : "Exécuter d'abord, discuter ensuite". Add. B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 246.

633 Comp. en sens inverse les propos d'A. VAN ACKER renseignés par M. LEROY, in *La République des juges*, *op. cit.*, 1997, p. 25 : "J'agis d'abord, je réfléchis ensuite".

634 Pr. av. gén. M. FERNELMONT, avis préc. Bruxelles, 26 avril 1834, *Pas.*, 1834, II, 102, ici 107, idr.

635 R. DE LACOUR, *op. cit.*, 1905, p. 199; J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 373; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 761, pp. 524 et 525 (recours pour excès de pouvoir, action en responsabilité, exception d'illégalité devant le juge répressif).

636 Comp. B. HAUBERT, "La nouvelle procédure de suspension devant le Conseil d'État", in *Conférence du jeune Barreau de Mons, L'avènement des Communautés et des Régions. Quels changements pour les praticiens du droit ?*, Bruxelles, De Boeck, 1990, p. 68.

637 Sauf peut-être en matière militaire, ce qui illustre parfaitement les limites matérielles mais aussi temporelles de l'adage. Ainsi, G. DUPUIS a relevé avec cynisme une formulation apparentée dans le règlement militaire français (*op. cit.*, T. II, 1962, n° 207, p. 315, note 1), d'ailleurs renseignée par le *Lexique de droit administratif* français (Paris, P.U.F., 1979, p. 152) : "La discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants, que les ordres soient exécutés, littéralement, sans hésitation, ni murmure, l'autorité qui les donne en est responsable et la réclamation n'est permise au subordonné que lorsqu'il a obéi". Comp. la situation décrite par G. HAARSCHER dans laquelle un pouvoir régnerait uniquement par la force et ses sujets ne lui accorderaient aucune légitimité : "simplement, ils obéiraient, par peur ou par intérêt bien compris" ("Droit et pouvoir : quelques réflexions", in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Bruxelles, Éd. Faculté droit U.L.B., 1985, p. 265). Comp. encore l'article 4.1. de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière : "Les usagers doivent obtempérer immédiatement aux injonctions des agents qualifiés". Inutile d'insister sur ce que seul le principe de l'obéissance figure dans le statut du personnel de l'État, formulé très différemment (comp. A. VANDER STICHELE, "Tenuitvoerlegging van een onwettig bevel", *Tijds. bestuursw.*, 1951, p. 350 - sous l'angle interne à l'administration -). Pour le reste, il n'est pas nécessaire que l'administration ait poursuivi l'accomplissement de ses droits jusqu'au stade de leur réalisation matérielle pour qu'un administré soit mis pratiquement dans l'obligation de prendre l'initiative de l'action. La seule prise d'une décision ou l'exécution juridique y suffit largement : P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 44, p. 74.

638 En 1901, la puissance publique doit être obéie immédiatement, sauf réclamation ultérieure (*op. cit.*, 4^e éd., p. 246).

paralyser l'exécution administrative. Cela n'est plus correct dans le cas inverse : le cas échéant, le contrôle doit avoir lieu aussi vite que possible ou nécessaire⁶³⁹. L'évolution confirme une fois de plus le lien étroit entre le privilège et la procédure contentieuse administrative, c'est-à-dire les règles déterminant les modalités d'exercice du contrôle opéré par le juge administratif⁶⁴⁰.

En somme, la seule valeur de l'adage est d'ordre historique. Son seul mérite est d'évoquer la réalité concrète durant une période déterminée⁶⁴¹. Le mot réclamation n'est d'ailleurs pas sans laisser penser à celle introduite devant l'autorité qui a adopté la décision contestée, conformément à la théorie du ministre-juge.

254. Pour son abandon. Aujourd'hui, il est par conséquent souhaitable de se défaire de l'adage dans les ouvrages de droit positif⁶⁴². Il est en effet source d'imprécision. Il est surtout significatif du point de vue idéologique. La construction de l'adage témoigne du souci d'affirmer l'image d'une administration toute-puissante et privilégiée. Il stigmatise aussi une volonté surfaite de différence en droit administratif, en prenant l'exact contre-pied de la situation commune.

Dans le cadre de relations privées, en effet, il convient de ne pas s'exécuter trop vite et de réclamer d'abord si l'on conteste la prétention d'un autre particulier. En pratique, on veillera même à éviter la réclamation spontanée en justice, en laissant au cocontractant le soin d'avancer les frais de justice, malgré l'interdiction de toute justice privée.

En droit administratif, par contre, l'administré est invité à un tout autre comportement. Certes, l'administration dispose d'une série de moyens pour parvenir à ses fins, en particulier des sanctions pénales ou administratives⁶⁴³ rarement disponibles au particulier. Mais il s'agit le plus souvent de mesures coercitives indirectes permettant la réclamation avant d'obéir⁶⁴⁴. C'est donc seulement en termes d'opportunité qu'il peut être fortement conseillé à l'administré d'obéir dans

⁶³⁹ Comp. pourtant F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 556, n° 968 : "Aucune intervention juridictionnelle ne va s'intercaler entre la prise de la décision par l'autorité administrative et son exécution forcée".

⁶⁴⁰ En réalité toutes les voies de droit permettant d'affecter l'acte illégal (P. LEWALLE, in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, *op. cit.*, 1997, p. 239, impl.), ce qui est évidemment capital dans la perspective d'une adaptation au droit belge. À noter que le lien est parfois inversé, tellement l'idée des privilèges est incrustée dans les mentalités. Ce sont alors les privilèges qui expliqueraient l'état du contentieux administratif français. Voy. not. L. DUGUIT, *op. cit.*, R.D.P., 1906, p. 424 (contrepartie); J. BRETHER de La GRESSAYE, in *Études offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 308 ("Aussi le contentieux...").

⁶⁴¹ Par ailleurs encore partiellement existante en France pour une catégorie d'actes fortement dénoncés : les actes de gouvernement.

⁶⁴² En France, sa mention tend précisément à disparaître dans les traités les plus récents.

⁶⁴³ Un véritable arsenal juridique dissuasif qui attache de fâcheuses conséquences - généralement pécuniaires - à l'éventuelle résistance de l'administré, de telle manière à emporter son "adhésion".

⁶⁴⁴ Une des conditions posées à l'exécution administrative (comme judiciaire) n'est-elle pas précisément une mise en demeure préalable, assortie d'un délai ? Certes, le délai vise surtout à permettre l'exécution volontaire. Mais il autorise aussi la contestation préalable qui peut aller jusqu'à influencer l'exécution, pour le tout ou pour partie. Il suscite même la contestation, puisque les délais de réclamation commencent généralement à courir à partir de la notification de la décision concernée.

un premier temps, mais en toute hypothèse pas de ne réclamer qu'ensuite. La réclamation peut être immédiate et même précéder l'obéissance. La seule chose que le particulier doit savoir, c'est que cette réclamation ne dispense pas toujours d'obéir. Son efficacité peut être limitée. En particulier, la réclamation n'empêche pas toujours le recours à l'exécution forcée, si elle est autorisée, selon l'obligation concernée⁶⁴⁵.

Une fois la force publique mise en branle, l'obéissance immédiate peut être soutenue. Encore que, dans la majorité des cas en pratique, l'exécution s'opère par substitution. Tout dépend alors de la manière dont l'administré désobéit. Dans certains cas, la rébellion ou la résistance à la force publique est un délit pénalement sanctionnable. Mais la situation n'est guère différente en droit privé.

abb. L'intervention du juge a posteriori

255. Un substitut de l'adage. Deuxième élément. L'adage est souvent flanqué, parfois même remplacé, par la mention de l'intervention du juge a posteriori^{646 647} ou différée, le plus

⁶⁴⁵ Cela dit, la responsabilité de l'autorité sera d'autant plus facile à mettre en cause que la réclamation aura attiré son attention sur l'illégalité de l'exécution exigée ou des mesures entreprises pour y aboutir.

⁶⁴⁶ Comp. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 8 et 10, ainsi que 350 à 353. En droit français : M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 10 et 18 (après coup, lorsque la décision est devenue exécutoire, peut-être après l'exécution); P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 764, p. 527, mais aussi n° 761, pp. 524 et 525; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 20 et 35; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 60 (rem. : "saisi après coup"); M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, p. 18; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 556, n° 968; R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 305; G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1511; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, not. p. 77 (l'élément est au cœur de l'autorité de chose décidée); M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 246 (impl.); C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 362, n° 852; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 36; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 406 (impl.); P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, p. 208, n° 148; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 4, n° 15; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 5 (le contrôle); P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 90; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 66 et 67 (impl.) ainsi que p. 185; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 180 et 194; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449. Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 50 et 53. Rem. R.-G. SCHWARTZENBERG, P. DELVOLVÉ, P. WEIL et D. POUYAUD, ainsi que R. CHAPUS et R. DRAGO, qui lient l'intervention postérieure du juge au pouvoir unilatéral de prendre des décisions, c'est-à-dire la situation en fin de compte par rapport au principe de son exécution volontaire. J. BOULOUIS également, mais à l'exclusion du caractère unilatéral, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 302. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1753 (à propos de l'exécution d'office); A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345 (parce que les recours ne sont pas suspensifs); C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 140 (l'auteur cite en note 17 un arrêt de la Cour de cassation sans relation directe avec le problème, se rapportant plutôt à la sanction du contrôle judiciaire qui ne peut pas être l'annulation : Cass., 16 avril 1849, *Pas.*, 1849, I, 254); M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 20 (éventuellement). Add. M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 83, a contrario; S.L.C.E., avis sur des amendements au projet de décret-programme portant diverses mesures concernant les fonds budgétaires, les bâtiments scolaires, l'enseignement et l'audiovisuel, *doc. parl.*, Conseil de la Communauté française, s.o. 1995-1996, n° 96/40, p. 2 : "l'intervention ultérieure d'une juridiction" qui peut toutefois être saisie pour éviter l'exécution puisque ce qui est en jeu c'est une amende ou une condamnation administrative "sous le bénéfice des privilèges du préalable et de l'action d'office".

⁶⁴⁷ Y compris en ce qui concerne l'intervention du Conseil d'État lorsque le juge répressif aura autorisé l'exécution forcée, selon F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 562, n° 979. Comment cependant, dans ces

souvent accompagnée de son caractère indemnitaire, pénal ou disciplinaire. L'élément est plus précis que l'adage. Mais il est cette fois souvent associé au caractère exécutoire de l'acte, voire même au privilège de l'exécution d'office⁶⁴⁸. Aujourd'hui, il ne correspond plus nécessairement à la réalité, comme il sera encore montré dans la foulée des autres éléments.

Sur le plan comparatif, il faut remarquer que l'intervention du juge se réalise très souvent *a posteriori* également dans le cadre de relations privées⁶⁴⁹. L'occasion n'est en effet pas toujours donnée de précéder les événements assimilés à une voie de fait. Le fait l'emporte fréquemment sur la théorie en matière d'exécution.

Par ailleurs, dans l'optique des privilèges, l'intervention préventive du juge est incompatible avec le principe absolu de l'obéissance immédiate. Lorsqu'elle permet de prévenir l'exécution préjudiciable d'un acte administratif, elle revient à permettre au juge de dire au pouvoir exécutif : "Tu veux ce que tu ne dois point vouloir, tu ne seras pas obéi"⁶⁵⁰. La formule de J. LEJEUNE est séduisante parce qu'elle prend le contre-pied des privilèges dès 1857.

À l'inverse, par contre, l'intervention préventive du juge ne signifie pas nécessairement l'absence de tout privilège, par exemple lorsqu'il est prévu par la loi, lorsqu'il est accepté en jurisprudence et quand il n'est pas abusif.

À noter finalement que, reportée *a posteriori*, la fonction du juge n'est plus la même comparée à celle *a priori*, qu'il s'agisse pour lui d'autoriser le recours à la force ou de remédier préventivement à une illégalité.

abc. L'exécution à ses risques et périls

256. Le principe. Troisième élément. Toujours dans la même veine, le principe selon lequel l'administration exécute peut-être, mais elle le fait "à ses risques et périls", figure également en bonne place dans les définitions^{651 652}.

circonstances, mettre encore à charge de l'administration ce qui a été avalisé par le juge, notamment lorsque sa décision est nantie de la force de chose jugée ?

⁶⁴⁸ Ce qui confirme le choix d'avoir traité l'adage sous la force exécutoire.

⁶⁴⁹ Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 142 et 143 : "Sa charge qui est de consacrer et de sanctionner les droits risque, par le retard mis à son exercice, de manquer d'efficacité". Le problème n'est pas seulement lié à la réalité sociale ou matérielle, il est aussi devenu structurel en droit belge.

⁶⁵⁰ J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, p. 7. L'auteur soutient que l'idée découle de la déclaration des droits de 1789, mais sans que l'assemblée constituante l'ait formulée dans la constitution de 1791. Pour l'auteur, la question n'était pas de savoir si le pouvoir exécutif aurait des juges, mais quels juges il aurait. On ne reconnaissait donc pas à ce pouvoir "le privilège de n'être point justiciable". Avec cette appréciation réaliste de l'histoire que l'auteur pensait pouvoir éviter en droit belge : "S'en remettre à la logique du soin de les faire accepter, c'était les laisser aux prises avec des traditions et des préjugés sur lesquels un texte bien formel pouvait seul les faire prévaloir". L'histoire devait enseigner que même un texte formel n'y suffit que tardivement.

⁶⁵¹ Comp. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 10 et 352. En droit français : R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 226; M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 10 et 234; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 764, p. 526 (impl.); C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 6); F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 180 à 182; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 86 et 87; M.

Plus encore que les autres, la formule contribue à souligner la nature factuelle du privilège de l'exécution d'office. En même temps, elle permet un revers de médaille qui rétablit un certain équilibre. Un devoir de prudence⁶⁵³ s'impose à l'autorité, dont l'importance devrait être appréciée de manière proportionnelle au caractère exorbitant du privilège utilisé. La règle vaut également en présence d'un privilège exceptionnel. Elle doit donc être conservée.

257. Ses origines. Dans son précis, M. HAURIU mentionne rapidement l'élément qui lui est imposé par jurisprudence. Il le fait précisément au moyen d'un arrêt "Olivier et Zimmermann" rendu par le Conseil d'État. L'importance de l'arrêt est à la mesure de sa mention généralisée depuis lors en doctrine. Le remède à l'illégalité mis au point dans l'arrêt paraît aujourd'hui très insuffisant et inadéquat. Mais il constituait un encouragement évident en 1903⁶⁵⁴.

LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 138; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 907, pp. 537 et 538; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, p. 222, n° 153; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, pp. 563 et 564, n° 981 et 982; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 135; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 246; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 355, n° 834 (la "théorie jurisprudentielle dite des risques et périls"); J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 406; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 275, n° 717; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 160, p. 225; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 69; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 4, n° 11; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 325 et 326; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 38; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, p. 670, n° 980; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 90; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 67 (impl.); M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 66; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 191 et 192; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 273 et p. 596. Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 62, n° 76 à 80. Rem. que G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON (le privilège de l'exécution provisionnelle), F.-P. BÉNOIT, M. WALINE, P. WEIL et D. POUYAUD, ainsi que C. DEBBASCH lient expressément le principe à l'exécution, y compris lorsqu'elle n'est pas de type forcée.

⁶⁵² En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 188, p. 147 (impl.); A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345, note 13; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 144 et note 31 (indirectement); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, pp. 308 et 309 (indirectement); G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 476 (indirectement, l'obligation de réparer la délivrance fautive d'un titre exécutoire étant soulignée).

⁶⁵³ Dans le sens d'une invitation à la prudence : G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 476. L'imprudence la plus flagrante consiste dans la mise en œuvre d'une mesure d'exécution sans titre exécutoire régulier, c'est-à-dire constitutive d'une "voie de fait". Selon le tribunal civil de Bruxelles, "si l'État possède le droit exorbitant (...) de se créer des titres exécutoires à lui-même, c'est-à-dire de réclamer des impôts sans avoir à soumettre le bien-fondé de ses prétentions à une juridiction, il va de soi qu'il doit user de ce droit avec la plus grande prudence et le plus grand soin, sous peine d'engager sa responsabilité" (civ. Bruxelles, 9 mai 1984, F.J.F., 1985, p. 79 et note p. 81, ainsi qu'en appel Bruxelles, 15 juin 1987, J.T., 1988, p. 83 et obs. E. PEIFFER, p. 85).

⁶⁵⁴ Dans ce sens : L. SFEZ, *op. cit.*, 1966, p. 134.

La date à laquelle l'arrêt a été rendu est très significative : le 27 février 1903⁶⁵⁵, soit moins de trois mois après l'arrêt du Tribunal des conflits dans l'affaire "Immobilière de Saint-Just". Sans oublier le nom du Commissaire qui est à son origine : M. ROMIEU. La doctrine quasi unanime⁶⁵⁶ voit ainsi dans l'arrêt une limitation apportée à la liberté d'action de l'administration⁶⁵⁷ reconnue quelques mois plus tôt. Dans l'affaire de Saint-Just, le Commissaire avait annoncé les conditions auxquelles le recours à l'exécution forcée administrative serait tolérée, mais en proclamant du même coup la compétence du juge administratif encore inhabilité à intervenir par la voie du référé. Cette fois, mais dans la même logique, le Commissaire avertit de ce qu'il en coûtera à l'administration si elle exécute une décision illégale ou si elle exécute de manière illégale une de ses décisions. Sa responsabilité sera mise en cause. La juridiction administrative espère de la sorte éviter les abus et assurer le respect des conditions imposées.

258. Un principe de droit commun. Il se dégage de l'élément une fausse impression de symétrie par rapport au droit commun. Certes, le particulier prend un risque lorsqu'il décide de

655 C.E. fr., 27 février 1903, *Rec.*, p. 178, note et concl. ROMIEU; S., 1905, 3, 17 et note M. HAURIUO faisant une étude très intéressante des précédents de la décision au point de vue du privilège de l'exécution préalable. L'arrêt concerne l'indemnisation pour occupation forcée - par enlèvement de clôture et réalisation de fouilles - d'une sablière privée sur base d'un arrêté du conseil de préfecture dont appel devant le Conseil d'État. L'auteur en conclut : "Si la jurisprudence de notre arrêt (...) se généralise, et cela est probable, car (...) elle a des précédents sérieux, elle s'appuie sur des raisons profondes, et le seul obstacle qui lui ait fait échec jusqu'à présent, cette sorte de croyance que la Puissance Publique est irresponsable, a disparu, ainsi que le constate M. ROMIEU dans ses conclusions; si donc cette jurisprudence se généralise, si l'administration est un certain nombre de fois condamnée pour avoir usé à tort de son privilège du préalable, en fait, elle y renoncera, en ce sens qu'elle n'exécutera plus immédiatement ses décisions. Ou bien elle n'exécutera plus jamais avant d'être bien sûre que les décisions à exécuter sont devenues inattaquables; ou bien, dans les cas douteux, elle sera la première à demander d'être couverte par l'appréciation préalable du juge. (...) Ce sera la revanche du juge sur l'administration active. Cette petite nouveauté est grosse de conséquences futures, qu'il serait prématuré de développer, mais que des esprits avertis apercevront" (19) (la "théorie" de l'exercice du droit d'exécution préalable ou du privilège de l'exécution préalable aux risques et périls de l'administration ou l'obligation corrélatrice de prudence). Dans la même affaire : C.E. fr., 11 mars 1898 (deux arrêts), S., 1900, 3, 18 et 19 (annulation de l'arrêté de délimitation pris pour couvrir l'occupation et mise à néant de la contravention de grande voirie) ainsi que T.C., 16 novembre 1901, *Rec.*, p. 812 et S., 1904, 3, 101 (annulation d'un arrêté de conflit pris sur demande en justice d'une indemnité).

656 À commencer par R. CHINOT (*op. cit.*, 1945, p. 106) et G. DUPUIS (*op. cit.*, T. II, 1962, p. 530, n° 379). Il faut souligner que le Commissaire M. ROMIEU et M. HAURIUO sont particulièrement clairs à cet égard. Voy. la note de M. HAURIUO citée ci-dessus. Cons. cependant L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, pp. 193 à 196 : l'auteur établit la plus grande ancienneté de la "théorie jurisprudentielle des risques et périls", néanmoins consacrée et exposée de manière particulière à cette occasion, à l'instar de l'exécution d'office. Il s'agit d'une "théorie ingénieuse, inspirée par la constatation de certains faits, imaginée après coup par le juge, dans le but de limiter les effets fâcheux de la procédure d'office" (p. 196).

657 Encore que la décision concernée soit une décision non définitive d'un Conseil de préfecture, soit une décision contentieuse, ne donnant en conséquence que l'apparence d'un droit à l'administration, et annulée de surcroît en appel par le Conseil d'État. Pour G. DUPUIS, il est en conséquence "insoutenable" d'y voir une limite au privilège du préalable de l'administration comme le font M. HAURIUO et les auteurs à sa suite, dans la mesure où la décision du Conseil de préfecture est provisionnellement exécutoire nonobstant l'appel (*op. cit.*, T. II, 1962, p. 530, n° 379) (le Conseil d'État parle d'exécution immédiate). En ajoutant à : "même si elle est favorable à un administré qui serait alors le véritable titulaire du fameux privilège". C'est ce que l'auteur soutient plus généralement concernant l'absence d'effet suspensif de l'appel : il s'agit seulement d'une "différence de régime par rapport à la procédure civile" (T. I, n° 14, p. 19).

ne pas obéir ou de ne pas s'exécuter⁶⁵⁸. Mais les situations ne sont pas comparables puisque le principe tempère le recours à la force, en ce qui concerne l'administration privilégiée, et seulement la résistance, du point de vue du particulier. À moins de considérer le principe comme un simple rappel du principe de la responsabilité⁶⁵⁹.

À noter que l'élément s'inscrit directement dans le prolongement de la théorie du ministre-juge et de la comparaison de l'acte administratif avec la décision de justice. En effet, le principe est formellement prévu par l'article 1398, alinéa 2 du Code judiciaire et il concerne expressément l'exécution provisoire d'une décision de justice non encore frappée d'appel ou de cassation⁶⁶⁰. Avec cette différence de taille, cependant, que le juge doit prononcer l'exécution provisoire. Elle n'est donc pas la règle.

abd. Quatre institutions relatives au contrôle

259. Quatre institutions liées entre elles. Quatrième élément, ou plutôt série d'éléments. Il s'agit d'une série d'institutions déjà évoquées lors de la période précédente, à travers lesquelles une collection d'auteurs, surtout en France, ont montré, et continuent à montrer au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, le décalage impressionnant entre la doctrine classique de l'époque et la réalité du droit.

À l'inverse, dans la doctrine classique, les mêmes éléments sont associés aux privilèges pour étayer leur existence et leur réalité. Il s'agit principalement du caractère non suspensif du recours administratif, du sursis à exécution, de la voie de fait et de la théorie de la résistance aux actes illégaux de l'autorité. Les conditions extrêmement strictes dans lesquelles l'administré est autorisé à utiliser les trois dernières institutions sont soulignées pour établir le privilège, le cas échéant.

En toute logique, l'assouplissement légal ou jurisprudentiel de ces conditions permet aujourd'hui d'établir la crise et le caractère inadéquat du privilège général de l'exécution forcée préalable et provisoire. Les quatre institutions conduisent en effet au même résultat : celui d'empêcher le recours illégal à la force en temps utile, c'est-à-dire de manière préventive.

Dans cette mesure, les institutions sont intimement liées entre elles. En pratique, elles visent cependant deux sortes de situations différentes. Alors que la voie de fait et la résistance concernent des illégalités flagrantes, l'absence de caractère suspensif du recours et le sursis à

658 Dans ce sens : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 105, p. 79.

659 Mais sans oublier, le cas échéant, l'immunité d'exécution relative en ce qui concerne seulement l'administration. Il faut par ailleurs reconnaître que les risques et périls (de même que plus tard l'efficacité des censures judiciaires) ont été longtemps très relatifs dans le chef de l'exécutif, dès lors que le principe de la séparation des pouvoirs soustrayait entièrement la puissance publique aux voies de l'exécution forcée. Voy. dans ce sens C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 137. Le procédé de l'astreinte et l'article 1412bis nouveau du Code judiciaire y ont remédié pour partie.

660 Il ne saurait donc pas être appliqué comme tel à l'acte administratif. Or, aucun texte spécifique n'établit le principe le concernant. Les risques encourus sont donc fonction des règles civiles de la responsabilité.

exécution se rapportent à des illégalités *plus* ordinaires. Sans oublier pour autant que le pouvoir d'appréciation reconnu à l'autorité ne fait l'objet que d'un contrôle marginal.

Les quatre institutions sont abordées uniquement dans la mesure nécessaire à faire état du privilège, d'une part, et, d'autre part, à montrer son caractère inadéquat. Ceci en droit français comme en droit belge, dans le dernier cas depuis plus longtemps et de manière plus significative.

260. L'absence d'effet suspensif des recours. Depuis M. HAURIU, on s'en souvient, le privilège lié à l'exécution est rapidement associé au caractère non suspensif⁶⁶¹ par eux-mêmes des réclamations ou des recours introduits par les intéressés^{662 663}, jusqu'à devenir

⁶⁶¹ L'expression "absence d'effet suspensif" est plus heureuse. Dans le même sens : G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, p. 309, n° 203, note 1. N° 297, pp. 418 et 419, l'auteur refuse avec raison de voir l'explication de la règle de l'absence d'effet suspensif dans le privilège (d'ailleurs exceptionnel) lié à l'exécution forcée (l'action d'office). Au contraire, même, il semble que ce soit la première qui ait permis au second d'exister dans les faits durant tout un temps. Comp. n° 299 et 300, pp. 420 et 421. Il s'agit d'une "simple règle de procédure", mais permettant à l'administration de passer à l'exécution (même non forcée) de ses actes, même si leur régularité est contestée.

⁶⁶² En doctrine, comp. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 10 et 350. En droit français, mentionnent également l'absence d'effet suspensif en liaison avec le pouvoir d'exécution d'office : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 10, 18 et 232; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51, note 1, chez qui le lien intime entre obéissance et exécution ressort particulièrement bien : "Même au cas où un particulier a formé un recours pour excès de pouvoir contre une décision administrative, il n'est pas dispensé de l'obéissance. La formation du recours ne suspend l'exécution qu'en vertu d'une décision rendue sur requête à lui adressée par le Conseil d'État"; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, p. 66; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 20 et 21; F.-P. BENOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 980, pp. 562 et 563; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, p. 18, p. 537, n° 905, et p. 549, n° 927 (avec nuance); G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180 (le privilège du préalable lié à l'exécution forcée); R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1021, p. 724 (équivalent); C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270 et p. 596. Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 50. Rem. NGUYEN-VAN-BONG qui essaye une conception dynamique mais peu convaincante de l'absence de suspension à travers une "exécution immédiate" protéiforme (*op. cit.*, 1960, pp. 36 et 76). G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, quant à eux, font de l'exécution provisionnelle un privilège contesté mais distinct de l'action unilatérale et de l'exécution forcée (*op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 50, 69 et 400 à 407). Mais son contenu peut prêter à confusion. L'exécution est poursuivie nonobstant la contestation de l'acte en justice. Mais il est ajouté que les actes restent en vigueur tant qu'ils n'ont pas été expressément annulés (une présomption de légalité ?) (pp. 49 et 65) ou que l'acte conserve sa valeur juridique pleine et entière et demeure obligatoire (force obligatoire) (p. 386). Le recours ne suspend pas l'exécution. En droit belge : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45 (sous l'exécution préalable); G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475 ("ne suspend pas la force exécutoire de l'acte attaqué"). À noter cependant J. DEMBOUR qui situe l'élément en dehors des privilèges : *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 52, p. 105. Et H. VUYE qui définit le privilège du préalable uniquement sur cette base, mais concernant l'exécution au sens large : *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 833 (une contestation ne peut pas en principe arrêter l'activité du service public).

⁶⁶³ En jurisprudence, le Conseil d'État a rapidement consacré le principe selon lequel le recours ne suspend pas l'exécution (en règle non forcée) des actes attaqués, mais de manière péremptoire et sans référence aucune au(x) privilège(s) : C.E., Lauwers, n° 1.540, 7 mai 1952, R.A.A.C.E., 1952, p. 392; C.E., Johannes, n° 3.253, 22 mars 1954, R.A.A.C.E., 1954, p. 952; C.E., Thilmant, n° 5.555, 15 mars 1957, R.A.A.C.E., 1957, p. 166; C.E., Van Coillie, n° 8.954, 14 novembre 1961, R.A.A.C.E., 1961, p. 952; C.E., Van Maele et De Smedt, n° 9.027, 12 décembre 1961, R.A.A.C.E., 1961, p. 1053; C.E., Van Daele et crts, n° 11.537, 8 décembre 1965, R.A.A.C.E., 1965, p. 999; C.E., De Kerpel, n° 13.399, 12 février 1969, R.A.A.C.E., 1952, p. 195; C.E., Hoffelt, n° 3.502, 18 juin 1954, R.A.A.C.E., 1954, p. 587 (l'action administrative). Il faut dire qu'il n'est alors prévu par aucun texte à portée générale (aujourd'hui *a contrario*). Add. C.E., Wallays, 14 juillet 1981, n° 21.370,

son corollaire⁶⁶⁴. Seul le juge peut très exceptionnellement ordonner le sursis à l'exécution.

En droit français, le juge concerné est administratif, sauf les cas d'illégalité flagrante ou manifeste. Il s'agit d'un principe établi par la loi, parfois sujet à dérogations. Les exceptions sont ponctuelles, par exemple en matière fiscale ou en ce qui concerne les sanctions disciplinaires prononcées par certains ordres professionnels.

261. La force concernée. Contrairement à ce que l'on peut parfois lire en doctrine, la force concernée par le mécanisme de la suspension est la force exécutoire de l'acte juridique. L'expression retenue en doctrine comme en jurisprudence l'indique très clairement⁶⁶⁵. On parle aussi de l'acte administratif exécutoire.

Certes, la suspension du caractère exécutoire prive l'acte juridique de la plus grande partie de son efficacité, de telle manière que des auteurs ont pu confondre son objet avec la force obligatoire⁶⁶⁶.

M. LEROY en est un bon exemple⁶⁶⁷.

R.A.C.E., 1981, p. 1.172; R.W., 1981-1982, col. 2027 et notes W. VAN NOTEN, "De nietigverklaring van een verkavelingsvergunning maakt geen bouwvergunningen ongedaan" et R. LEYSEN, "De juridische draagwijdte van vergunningen". Rem. encore C.E., s.a. Seca, n° 20.513, 22 juillet 1980, A.P.T., 1980-1981, p. 29 et commentaire, ainsi que l'analyse critique de B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, pp. 249 et 250, n° 23 à 25 : après avoir rappelé l'absence d'effet suspensif, le Conseil d'État estime néanmoins que l'introduction d'un recours interrompt le délai de péremption d'une autorisation d'exploiter à l'égard de celui qui n'en fait pas usage aussi longtemps que le recours n'est pas rejeté. Selon lui, le recours affecte sérieusement (le caractère certain de) la force juridique de l'autorisation concernée. Rapp. Bruxelles (réf.), 23 novembre 1982, J.T., 1983, p. 414 et obs. B. JADOT, sp. p. 415, n° 6 : un permis de bâtir attaqué devant le Conseil d'État constitue "un titre précaire et incertain" permettant d'ordonner la suspension des travaux autorisés; J.-M. JOTTRAND, "De la compétence du juge des référés pour ordonner le sursis d'une mesure administrative attaquée devant le Conseil d'État", obs. sous Mons, 27 mars 1985, *Entr. dr.*, 1987, pp. 123 à 127. Voy. toutefois D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 285, p. 471, note 76 : l'auteur évoque le point de vue souvent défendu du privilège du préalable (présomption) et de la sécurité juridique voulant notamment que, sauf irrégularité flagrante, on ne saurait pas reprocher au titulaire du permis de mettre en œuvre l'autorisation accordée.

⁶⁶⁴ G. BRAIBANT, note sous C.E.fr., Préfet du Var, 18 juin 1954, S., 1954, 3, 93.

⁶⁶⁵ On ne mentionne que les auteurs ou les décisions s'écarter de ce point de vue communément répandu. À noter l'expression raccourcie parfois rencontrée, mais sans que l'on puisse en tirer parti car elle est mêlée à "reste" : la suspension de la décision, de l'acte ou de la mesure, parfois des effets de l'acte. Comp. P. TAPIE et M. LEROY, *op. cit.*, J.T., 1982, pp. 225 et 226, où les auteurs utilisent tour à tour le sursis à l'exécution, la suspension des effets de l'acte ou de son exécution, et le fait d'empêcher l'administration de mettre à exécution des décisions; M. PÂQUES, "Journée d'étude sur le référé à l'U.I.A.", *Ann. dr. Liège*, 1986, sp. n° 4, p. 87, qui utilise indifféremment, en quelques lignes, la suspension de la force exécutoire et de la force obligatoire. Il est difficile d'évaluer le poids accordé aux mots par les auteurs.

⁶⁶⁶ Le plus souvent, cependant, même lorsque l'absence d'effet suspensif est associée au pouvoir de décision unilatérale et/ou à la présomption de légalité (l'autorité probante) dont l'acte administratif bénéficierait, l'objet de la suspension reste (évidemment) l'exécution (pas seulement forcée). Ceci peut expliquer comment (mais pas pourquoi) la suspension est aujourd'hui mentionnée à la fois sous la force exécutoire et la force obligatoire.

⁶⁶⁷ M. LEROY, *op. cit.*, 1987, n° 93, p. 129, ainsi que n° 95, pp. 132 et 133; reproduit in *op. cit.*, 1996, p. 565. L'auteur affirme que l'introduction d'un recours au Conseil d'État n'altère pas en principe le caractère obligatoire de l'acte attaqué (absence d'effet suspensif) (*a contrario*, cela signifie que tel est l'effet de la suspension) et p. 568 où il soutient que "du point de vue de la technique juridique", le caractère obligatoire n'est pas à proprement parler suspendu par les décisions des juges de référé (ndlr : bien lorsque la suspension est

Certains auteurs lient aussi l'institution au privilège du préalable^{668 669 670}.

prononcée par le Conseil d'État), même s'il précise qu' "En pratique, cette interdiction a les mêmes effets qu'une véritable suspension, mais entre parties seulement". De la sorte, l'auteur est soucieux de différencier la portée relative ou au contraire *erga omnes* de la suspension prononcée respectivement par le juge des référés ou le Conseil d'État. Mais doit-on, et surtout est-il adéquat, d'expliquer cette différence par l'affectation de la force exécutoire dans un cas, et de la force obligatoire dans l'autre ? C'est tentant dès lors que la décision du juge des référés judiciaire demeure valide pour les éventuels tiers au procès. Néanmoins, y compris devant le Conseil d'État, il s'agit du sursis à exécution et de la suspension de l'exécution immédiate, au provisoire. Ne change rien sur ce point l'effet évidemment plus étendu, mais seulement *ratione personae*, d'une suspension prononcée par le Conseil d'État à l'égard d'un acte réglementaire. Par contre, à soutenir que la force obligatoire est suspendue, il serait déjà plus logique de soutenir la suspension partielle de la force obligatoire par le juge judiciaire en ce qui concerne seulement les parties. Comp. d'ailleurs chez le même auteur, *op. cit.*, 1987, p. 185, n° 137, a et idr, concernant la suspension par le juge des référés. Si la décision conclut à la légalité du règlement suspendu provisoirement, "l'acte suspendu reprend ses effets; comme seule l'exécution de l'acte a été suspendue, ou plutôt interdite, cet acte reprend vigueur *ab initio*, comme s'il n'avait pas été suspendu (l'acte ou son exécution ?). Une reconstitution de ses effets s'impose donc, comme dans le cas d'une rétroactivité". La différence par rapport à la suspension administrative - par opposition à la suspension judiciaire - est difficilement perceptible, si ce n'est *ratione personae*, en ce qui concerne le règlement ou l'acte collectif non entrepris par toutes les personnes concernées. À noter que dans l'hypothèse inverse (l'illégalité confirmée), la décision "absorbe les effets de l'ordonnance". Rem. pour finir pp. 577 et 621 où M. LEROY écrit explicitement que, même si la plupart du temps il s'agit d'une "pure spéculation intellectuelle", la suspension "porte sur l'exécution de l'acte et non sur l'acte lui-même" (p. 577). "L'usage courant ne s'embarrasse pas de la nuance. Que l'on suspende l'acte ou son exécution, l'effet premier est que son application est paralysée" (p. 621, idr). Certaines conséquences découlent néanmoins de ce que l'acte conserve son existence, en particulier lorsque des effets de droit sont attachés à l'absence d'acte dans un certain délai. Le cas échéant, la suspension de l'exécution ne permet pas de tirer les conséquences qui découleraient de l'absence d'acte, puisqu'il existe. Le Conseil d'État en tient compte dans l'appréciation de l'intérêt à requérir. Ainsi, pas question pour un demandeur de permis de bâtir qui a introduit un recours au gouvernement régional de tirer parti de la suspension du refus pour conclure qu'il est autorisé à passer à l'exécution des travaux au sens de l'article 52, § 2, alinéa 5 du C.W.A.T.U.P. (pp. 621 et 622). Plus généralement, l'annulation ou la suspension d'un refus de permis de bâtir ou d'autorisation d'exploiter n'emporte pas autorisation de construire ou d'exploiter (p. 577). Dans une affaire comparable, en matière de police des prix dans le secteur des maisons de repos, le Conseil d'État a expressément considéré - à l'instar de la formule utilisée, déjà mentionnée *supra* à propos de la tutelle d'approbation, n° 236, note 562 - que la suspension porte uniquement sur l'exécution de l'acte attaqué et n'affecte pas son existence même (C.E., C.P.A.S. d'Eupen, 1^{er} décembre 1993, n° 45.105, R.A.C.E., 1993, sp). En l'espèce, une suspension plus étendue aurait eu pour effet de priver la requérante de toute possibilité d'augmenter les prix de la chambre en maison de repos. En effet, la réglementation en vigueur stipulait qu'en l'absence d'une décision contre une décision autorisant une hausse du prix inférieure à la hausse sollicitée, dans les soixante jours de la réception d'une demande, l'entreprise est habilitée à appliquer la hausse de prix demandée. La suspension du refus de la hausse sollicitée aurait eu pour effet de rendre inapplicable la disposition concernée, en ce compris la hausse du prix inférieure. *Add.* et comp. C.E., Thunus, n° 66.492, 30 mai 1997 (la circonstance que des mesures provisoires sont sollicitées est sans incidence sur la recevabilité de la demande de suspension prétendue sans intérêt puisque la décision attaquée continue d'exister jusqu'à son éventuelle annulation, "et le Conseil d'État ne pouvant jamais suspendre que l'exécution d'un acte administratif et non cet acte administratif lui-même"); J. SOHIER, *Les procédures au Conseil d'État*, Diegem, Kluwer, 1998, n° 202 et note 376, qui tentait de situer le débat sur la condition du préjudice grave difficilement réparable plutôt que sur l'intérêt du requérant, reconnaissant que de telles mesures provisoires risquent de préjudger du fond du recours. Rem. p. 129, n° 216, où le même auteur soutient "les mêmes effets" dans le chef des arrêts de suspension par rapport à ceux d'annulation, même si la suspension de l'exécution ne fait pas disparaître l'acte administratif de l'ordonnement juridique.

⁶⁶⁸ L'imprécision du privilège joue ici en sa défaveur. Car certes, il est souvent lié au caractère exécutoire au sens large de l'acte administratif. Mais il ne constitue pas sa seule dimension, ni même, le plus souvent, sa principale dimension. À noter que l'exécution (volontaire ou assimilée) susceptible d'être suspendue n'incombe pas nécessairement à l'administration, mais peut procéder d'un particulier en ce qui concerne les actes permissifs. L'exécution peut même consister dans une abstention, lorsque la décision concernée est une décision de refus. Le cas échéant, il n'est pas nécessaire de recourir à l'artifice d'une présomption de légalité isolée du caractère exécutoire pour expliquer la dérogation au privilège du préalable, comme souvent rencontré, et not., à la suite de

L'existence même de l'obligation n'est toutefois pas mise en cause par l'effet suspensif - automatique ou non -, ni même son caractère obligatoire dont le contestataire prend le risque de devoir assumer ultérieurement les conséquences civiles et administratives, à défaut de censure. Il s'agit seulement d'aménager une situation d'attente, exactement comme en référé ou en ce qui concerne les mesures provisoires.

J. RIVERO, chez B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, p. 248, n° 20; M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 84; E. LANCKSWERDT, *op. cit.*, 1993, p. 17, n° 22.

⁶⁶⁹ En droit français, mentionnent l'absence d'effet suspensif sous le pouvoir de décision unilatérale ou obligatoire, ou la présomption, mais en la liant la plupart du temps à l'exécution : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, p. 61 et T. II, titre 1, p. 215; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 86; M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, p. 137; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206 et n° 346, p. 487; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 48 (et pp. 85 à 104) : la contestation "ne prive pas l'acte de son effet obligatoire", l'obéissance immédiate est requise et le recours est dépourvu d'effet suspensif; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 246; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291 : "la décision exécutoire demeure valable et obligatoire tant que son illégalité n'aura pas été constatée par un juge"; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61, avec le privilège de décision exécutoire ou unilatérale; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 151, p. 212; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisqueur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 5 et 7 (exécutoire par provision, par elle-même et sans qu'il y ait lieu de prévoir des voies d'exécution particulières); F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, pp. 15 à 17 (un privilège en soi, dont la conséquence est l'exécution provisionnelle - le privilège du préalable -); G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12 éd., T. I, 1992, p. 322 (comp. toutefois p. 245 : "sauf à exercer un recours contre elle"); G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 37; G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, note 20; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 44; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 97, p. 92; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 325; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 329; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1351, p. 1055; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 660 (corollaire). Comp. R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE qui y voient un principe corollaire du caractère exécutoire (obligatoire) des actes administratifs unilatéraux (précédemment défini comme le privilège du préalable) et du privilège du préalable, mais il faut noter que le caractère suspensif est étrangement étudié à part, après l'exécution d'office, et non directement après le privilège du préalable (*op. cit.*, 1989, p. 104).

⁶⁷⁰ En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161 ("très souvent") (à noter que p. 160, l'auteur mentionne sous le privilège de l'exécution d'office que les services publics ne peuvent être arrêtés, mais il est sous-entendu du contexte qu'il faut demander un titre exécutoire au juge en cas de résistance); F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 105, p. 79 et p. 81, n° 107 à propos de l'exécution au sens large, les deux formes étant comprises; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 137 et note 7 à propos des privilèges et du pouvoir de décision unilatérale; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, pp. 9, 10 et note 3 ainsi que pp. 11 et 15 (fortement lié à la présomption, mais aussi à la mise à effet ou à l'exécution); A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 7, n° 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 7, n° 8 ("les effets", lié à la présomption); B. HAUBERT, *op. cit.*, 1990, pp. 68 et 69; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99 (reçoit exécution); R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, p. 17, n° 42; M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 565; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 32, n° 83 : "de betrokken personen (...) blijven ondervinden; de betwisting (...) doet de bindende kracht niet verdwijnen", et comp. n° 84, pp. 32 et 33, où c'est l'exécution que la suspension concerne (!); P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21 (impl.). *Add.* K. BAERT, *op. cit.*, T.B.P., 1983, pp. 112 et 113, n° 2 et 5 : l'auteur insiste cependant sur le caractère exécutoire qu'il érige au rang de principe p. 117, n° 14; M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82; J. SOHIER, *op. cit.*, 1998, n° 192, p. 111 (un caractère exécutoire immédiat). *Add.* en législation l'exposé des motifs du projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 2 (présomption). *Add.* note 2 sous Cass., 7 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, 1087 (son corollaire). Comp. C.T. Liège, 30 juin 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 220 (le droit d'exécution nonobstant recours résultant du privilège du préalable) ainsi que de manière plus ténébreuse C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368, note V.V. et C.T. Mons (6^e ch.), 13 février 1981, R.G. n° 3.713, inédit (la confusion régnant toutefois, dans ce dernier cas, quant à la définition des privilèges ou du privilège du préalable); C.T. Mons, 3 mars 1989, *Justel* (sommaire); C.T. Bruxelles, 27 novembre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 61, le privilège mélangeant les trois forces.

262. Un intérêt limité pour le privilège. Cela dit, l'intérêt de l'effet suspensif est très limité en ce qui concerne le privilège, par comparaison avec l'ampleur de son utilité pratique en ce qui concerne la force exécutoire au sens large.

En effet, seule l'exécution forcée retient l'attention en ce qui concerne le privilège. L'effet suspensif doit donc être envisagé dans ce cadre uniquement. Or, dans ce cadre, il n'est pas un privilège en soi. Il n'est qu'un moyen de modaliser le principe de l'exécution forcée provisoire, présumé établi.

On perçoit mieux de la sorte comment la simple mention de l'institution, au moment de définir le privilège, vise en réalité à établir la généralité du principe. En effet, l'absence d'effet suspensif du recours n'établit absolument pas le caractère exécutoire de manière forcée de l'acte administratif. Néanmoins, sa mention juste après avoir affirmé le principe donne l'illusion logique - très habile si elle est volontaire - que le principe est correct. Car le lecteur prête inconsciemment au principe la portée de l'absence d'effet suspensif, alors qu'en théorie il n'en est rien. En pratique, c'est plutôt même l'inverse qui s'est produit : le privilège a existé en fait uniquement parce qu'il n'existait aucun moyen d'empêcher l'exécution forcée illégale.

263. L'absence d'un privilège à cet endroit. À noter qu'à l'inverse, si l'on raisonne différemment, de manière plus large, en englobant l'exécution non forcée dans l'absence d'effet suspensif, on est inévitablement amené à dépasser le privilège de l'exécution d'office et fort tenté, dans la foulée, de rejoindre la force obligatoire de l'acte juridique. Ce qui explique vraisemblablement pourquoi l'absence d'effet suspensif ait souvent été mentionnée au sein du privilège du préalable au moment où deux privilèges sont apparus.

Pourtant, le critère de l'absence d'effet suspensif n'est pas non plus satisfaisant, cette fois sous l'angle comparatif⁶⁷¹. Car jamais la comparaison avec le droit commun - que suppose le terme privilège - n'aurait débouché sur la nécessité d'un tel constat, comme il est pourtant parfois insinué^{672 673}.

671 Le caractère inadéquat de la comparaison sous-jacente est particulièrement évident chez F. DUMON (av. gén.), note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578, inspiré de WIGNY, MAST et BUTTGENBACH. "Les particuliers ne peuvent se faire justice à eux-mêmes. Au contraire une contestation ne peut normalement arrêter l'activité des services publics (adr : on ne se situe déjà pas sur le même plan). Il faut obéir d'abord et réclamer ensuite. C'est le privilège du préalable. L'administration, rencontrant une résistance, ne doit pas toujours obtenir d'un juge un titre exécutoire. Elle peut passer immédiatement à l'exécution. C'est le privilège de l'exécution d'office".

672 Lorsque les auteurs mentionnent l'absence d'effet suspensif sous le privilège lié aux forces obligatoire ou probante, en effet, une comparaison avec le droit commun se cristallise parfois (ou est sous-entendue puisque l'on parle de privilège) autour de l'effet suspensif prétendu et déjà critiqué du recours introduit contre l'acte privé, ce qui justifierait d'ailleurs, le cas échéant, l'existence d'un privilège et sa mention à cet endroit. De la sorte : M. TOURDIAS, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 1, idr : le caractère non suspensif de l'exécution constitue "une opposition fondamentale entre les procédures civile et administrative"; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 84; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 85 et 86; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12 éd., T. I, 1992, p. 322. Add. G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, pp. 1497 et 1510. Comp. R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225, selon lequel "si tout effet de droit obligatoire a par lui-même le caractère exécutoire, la contestation dont ce droit est l'objet vient suspendre ce caractère exécutoire de l'obligation" que l'administration peut précisément rétablir elle-même en vertu du privilège du préalable et au moyen de la décision exécutoire, sans

En effet, les actes privés ne sont généralement pas exécutoires par la force (sauf l'acte notarié⁶⁷⁴). Le simple recours du particulier ne saurait donc pas avoir pour effet de suspendre une force particulière inexistante.

Quant au recours de droit commun, il n'a pas pour effet de suspendre la force exécutoire ordinaire de l'acte privé⁶⁷⁵.

Bref, il n'y a aucun privilège à cet endroit. Le propos n'est pas adéquat dans l'optique retenue. Cela même si, paradoxalement, "c'est précisément le refus d'attacher au recours un effet suspensif qui a déterminé, dans une large mesure, le caractère exécutoire de l'acte administratif"⁶⁷⁶ !

Comme évoqué plus haut, en ce qui concerne la première période, la comparaison prend en réalité pour second terme la décision de justice, et non l'acte privé⁶⁷⁷. En effet, seule l'introduction d'un recours contre une décision de justice est, en règle, suspensive (au demeurant en matière civile comme en matière pénale, et même en matière administrative⁶⁷⁸). Il

s'adresser au juge.

673 Voy. pourtant C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 137, note 7 : "L'action portée devant les juridictions judiciaires ou administratives n'a point, en général, d'effet suspensif sur l'acte dont la légalité est incriminée". On peut en induire qu'il ne s'agit pas d'une particularité administrative. Or, tel est également le cas en droit français, selon qu'il y a voie de fait ou non. Add. B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 22, p. 249 : le recours porté contre un acte d'une personne privée n'est pas automatiquement suspensif, la sauvegarde des droits et intérêts en cause passant par l'intervention du juge statuant en référé. L'auteur avance toutefois cet argument uniquement contre l'idée de J. RIVERO de permettre le caractère suspensif des recours contre les actes permissifs, prétextant qu'"on ne peut aller au-delà de ce que le droit judiciaire offre comme possibilités". Il n'en tire pas profit pour mettre en cause le privilège de manière générale. Alors que même en ce qui concerne les particuliers, seul le juge des référés (ou le juge du fond à travers les mesures provisoires) peut permettre à une partie d'obtenir du juge qu'il fasse cesser une violation unilatérale de ses droits jusqu'au jugement sur le fond.

674 Dans le cas précis de l'acte notarié, le recours au juge des saisies peut entraîner la suspension de l'exécution forcée, à condition de la demander. Mais, en dehors de l'inscription en faux, seul le mode d'exécution ou son étendue peuvent faire l'objet d'une contestation. Il s'agit des voies ordinaires d'opposition aux voies d'exécution judiciaires.

675 Aussi ne peut-on même pas soutenir que l'absence d'effet suspensif est la traduction procédurale du privilège lié à l'action unilatérale, comme le fait par exemple F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 215. À noter que la volonté doit être clairement exprimée en cas d'exécution volontaire en cours d'instance juridictionnelle. Mais rien n'empêche le défendeur de s'exécuter provisoirement, malgré la contestation persistante portée en instance. L'objectif peut d'ailleurs être d'éviter que l'obligation concernée ne continue de produire des effets obligatoires démesurés en cas de défaillance, tels la production d'intérêts parfois considérables.

676 J. RIVERO, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 825, n° 18. Ainsi, opposer le caractère exécutoire de la décision à l'absence de caractère suspensif du recours devant le Conseil d'État, revient à "mettre la charrue de la théorie avant les bœufs de l'histoire". Car, au temps de la justice retenue, nul principe ne s'opposait à ce que le Roi et ses héritiers arrêtaient le cours de l'action administrative. Mais c'était la seule manière de permettre au recours pour excès de pouvoir d'exister.

677 Voy. *supra*, sp. n° 205.

678 A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 712, p. 667, confirment en note 4 que les recours sur lesquels le Conseil d'État statue comme juge en dernier ressort sur base de l'article 16 des lois coordonnées ont bien, en principe ou généralement, un effet suspensif. Add. J. SAROT, "Le caractère suspensif ou non suspensif des recours juridictionnels dirigés contre les autorités administratives", in *Rapports belges au XI^e congrès de l'académie internationale de droit comparé (Caracas)*, T. I, Anvers-Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 1982, p. 693.

faut donc voir, dans l'élément de définition, une résurgence de la théorie du ministre-juge en vogue au dix-neuvième siècle. Ou encore la survivance de l'idée ancienne de l'indépendance des fonctions en vertu de laquelle, notamment, le juge ne peut pas paralyser l'action administrative. Mais on a vu que les deux éléments sont intimement liés. En définitive, cela revient donc au même.

264. Les trois autres institutions. Les trois autres institutions - le sursis à exécution, la voie de fait et la résistance - ont ceci en commun qu'elles présentent une évolution comparable, à la différence de l'absence d'effet suspensif qui demeure le principe. Censées étayer le privilège au départ, elles l'ont d'abord modalisé pour, aujourd'hui, le ramener à sa juste dimension.

L'administration bénéficie parfois du privilège de l'exécution d'office. Mais il est soumis à de strictes conditions dont la violation est susceptible d'entraîner l'intervention du juge en temps utile, c'est-à-dire *a priori*, avant l'exécution forcée. Dans la mesure où les trois institutions permettent une telle intervention, elles facilitent le passage du règne du fait à celui du "droit accompli" en matière d'exécution administrative.

265. Leur caractère spécifique en droit belge. De toute évidence, ces considérations revêtent une importance particulière en droit belge où l'on peut s'étonner, compte tenu du système en vigueur, de la mention à la fois partagée et persistante des trois éléments dans la définition du privilège durant toute la deuxième moitié du vingtième siècle. Il faut y voir une preuve supplémentaire de l'influence française et du manque d'esprit critique ou de discernement en doctrine.

En droit belge, en effet, le recours au juge est ordinairement judiciaire, y compris en matière administrative. On était donc en droit d'espérer plus de lucidité qu'en France, déjà en ce qui concerne l'absence d'effet suspensif. Décemment, il ne pouvait pas être avancé comme un élément différenciant le droit privé du droit administratif, puisque l'acte y est fondamentalement soumis à un régime juridictionnel unique qui, s'il est suspensif, l'est pour toutes les catégories d'actes, privés comme administratifs. Saut peut-être en arguant d'un principe général de droit administratif, tel la séparation des fonctions ou la continuité du service public. Rien de tel, toutefois, ni en doctrine ni en jurisprudence. Aucune différence de régime n'a été rencontrée sur ce point devant le juge judiciaire.

En ce qui concerne l'intervention du juge de manière utile, surtout, il est aujourd'hui unanimement admis, en droit belge, que le référé judiciaire peut être utilisé par l'administré pour tenter de paralyser l'action administrative jugée attentatoire à un droit subjectif d'ordre civil, ce qui est nécessairement le cas lorsqu'il s'agit d'une exécution forcée⁶⁷⁹. Il peut de la sorte être

⁶⁷⁹ À noter que l'action du juge en référé peut revêtir des formes particulières dans certaines matières, comme en matière d'environnement avec l'action en cessation, dont l'intérêt dépasse toutefois le cadre de l'étude consacrée à l'exécution forcée administrative. Par ailleurs, le rôle du juge des référés n'a pas évolué qu'en matière administrative dans le sens d'un plus grand rôle et d'une plus grande souplesse. La règle du provisoire, en particulier, n'est plus un obstacle à l'appréciation des droits apparents des parties (du point de vue de la

remédié, de manière provisoire et sous le bénéfice de l'urgence, aux illégalités apparentes reposant sur des motifs sérieux. À cet effet, des injonctions peuvent être adressées à l'administration. De quoi renverser naturellement l'ordre des choses tel qu'il est traditionnellement exposé en droit français au sujet des privilèges. L'intervention du juge est susceptible d'opérer en temps utile et non *a posteriori*. Des effets comparables, identiques, voire même plus efficaces que la suspension, sont susceptibles d'être obtenus dans un temps parfois record.

266. Leur caractère irrelevant en droit belge. Cela aurait pu être le cas dès 1831, mais on sait désormais qu'il a fallu du temps pour distancer le droit français, pour dépasser le contentieux de la responsabilité curative et en tirer les principales conséquences pratiques⁶⁸⁰. Il a fallu du temps, autrement dit, pour mettre en place un contrôle judiciaire efficace du type de celui que l'on connaît en France en cas de voie de fait, mais concernant l'ensemble de l'activité administrative.

Petit à petit, néanmoins, après la Seconde Guerre mondiale, au fur et à mesure que ce contrôle s'est imposé, il est devenu de plus en plus indécent de mentionner des institutions françaises comme la voie de fait ou le sursis à exécution - surtout leur caractère exceptionnel - pour justifier le privilège en droit belge.

Aujourd'hui, le paradoxe est à son comble. L'influence française est restée prépondérante en doctrine à travers les privilèges. Des institutions irrelevantes en droit belge ont continué à leur être associées malgré tous les progrès réalisés dans le contrôle de l'action administrative. Même la compétence judiciaire en matière administrative, c'est-à-dire la possibilité d'introduire un recours *ordinairement* devant les cours et tribunaux, est rarement simplement évoquée^{681 682} au

compétence) mais limite plutôt les effets de la décision (sans préjudice de la décision au fond).

⁶⁸⁰ Dans certaines matières, il a fallu beaucoup de temps. Le temps parfois nécessaire pour qu'un plaideur ait l'idée de mettre au goût du jour un moyen longtemps considéré comme inefficace, au départ avec raison. H. VUYE signale de la sorte qu'en matière de protection possessoire contre l'autorité, il a fallu attendre 1987 pour voir brutalement disparaître, sous l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation, le privilège administratif qui consistait dans ce que l'on pourrait imparfaitement nommer une "immunité possessoire". Voy. H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 808, pp. 826 et 827 et Cass., 24 septembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 106 et concl. av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN; *Arr. Cass.*, 1987-88, p. 113; *R.W.*, 1987-88, p. 814; *J.T.*, 1987, p. 627; *Rev. not. b.*, 1988, p. 139 et concl.

⁶⁸¹ P. WIGNY, pour prendre un exemple représentatif, mentionne "l'action en justice" sous le privilège du préalable, comme moyen de recours, mais il le fait de manière fort anodine, après avoir insisté sur la nécessité de juridictions administratives indépendantes et impartiales pour traiter des recours contentieux et sans préciser que la justice concernée est judiciaire : "Remarquons d'ailleurs qu'une action en justice, même si elle est accueillie et sanctionnée par un jugement, ne peut fonder des moyens de contrainte" (*op. cit.*, 1962, n° 210, p. 161). Sans plus. La mention de la privation de la "protection judiciaire" (liée à la délivrance du titre exécutoire) à la page précédente n'est pas de nature à changer quoi que ce soit à cet égard. Sans oublier, au demeurant, que le juge judiciaire est également compétent en droit français dans les cas extrêmes. Rem. en 1947, lorsque le privilège était présenté en lien avec la séparation des pouvoirs (et donc l'article 107 ancien de la Constitution) : "Même si un acte peut être déféré aux tribunaux, l'administration ne se trouvera cependant pas dans la même situation qu'un particulier" (*op. cit.*, 1947, n° 65, p. 83).

⁶⁸² Dans un sens apparenté, c'est-à-dire sans contraste avec le droit français où le juge judiciaire peut également intervenir en cas de voie de fait : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1749 et 1750 (l'élément passe relativement inaperçu, mais il est intégré par l'auteur) et comp. col. 1753; M.

moment d'aborder les privilèges⁶⁸³. Lorsqu'elle l'est, il n'est pas précisé que cette compétence n'est pas exceptionnelle comme en France. Son influence majeure sur la conception même des privilèges n'est soulignée que très exceptionnellement⁶⁸⁴. Et ceci en dépit de développements parfois très fouillés concernant l'intervention du pouvoir judiciaire en droit administratif belge, mais proposés à un autre endroit du précis⁶⁸⁵, voire dans des contributions spécifiques parfois écrites par les mêmes auteurs⁶⁸⁶.

De tels constats confirment la réception aveugle des privilèges en droit belge. Pourtant, le lien entre la voie d'exécution et l'atteinte aux droits civils est à la fois évident et capital. Le développement du contentieux judiciaire en matière administrative aurait dû bouleverser la conception traditionnelle des privilèges, telle qu'elle figure encore dans de nombreux précis.

267. La voie de fait. L'évolution de la notion française de la voie de fait en droit belge est très significative à cet égard. Il s'agit d'une théorie mise au point par la jurisprudence en France pour justifier l'immixtion du pouvoir judiciaire en matière administrative. L'autonomie du droit

SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, R.C., 1964, p. 124; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 378, p. 350, et seulement au moment d'aborder la validité des décisions exécutoires et la voie de fait, alors que les privilèges sont surtout étudiés n° 377, pp. 344 à 348; F. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 104 à 106, pp. 78 à 81; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 475 et 476; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 46; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 7, n° 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 7, n° 8 : à l'endroit des privilèges, les auteurs se limitent à renvoyer "cependant" ("echter"), qui plus est entre parenthèses et sans mention particulière, à une autre partie du précis plus explicite sur ce point, apparemment comme tempérament à l'absence de caractère suspensif du recours qui peut être introduit devant le juge ordinaire ou devant le juge administratif; R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, p. 17, n° 42 ("le juge"); P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 98 ("le juge"); I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 84, pp. 32 et 33. Rem. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974 : s'il souligne que le juge judiciaire peut arrêter les effets d'un acte administratif illégal en vertu de l'article 107 (159) de la Constitution, il croit utile d'ajouter que cette censure "n'est opérante que là où cet acte a besoin du juge pour sortir ses effets. Chaque fois qu'il sera exécutoire par lui-même, il n'y aura plus matière pour le judiciaire qu'à condamnation en paiement de sommes et à restitution de choses par équivalent" (p. 137, note 8) en cas d'illégalité (p. 140). On préfère à cette note le commentaire fait par l'auteur dans le texte : "il arrivera que le procès fait à l'autorité ne pourra supprimer les illégalités commises et ne conduira qu'à un règlement de dommages-intérêts" (p. 137). Rem. J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 50, p. 102 et n° 52, p. 105 : l'auteur soutient la compétence la plus fréquente de la juridiction administrative pour le règlement des contestations que suscite l'activité des services publics.

⁶⁸³ P. LEWALLE n'y fait pas directement référence au moment précis d'évoquer les privilèges in *op. cit.*, 1997, n° 3, pp. 21 et 22. Voy. aussi A. VANWELKENHUYZEN qui attend pour cela d'aborder la voie de fait in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, resp. pp. 318 et 325.

⁶⁸⁴ On ne peut guère mentionner dans ce sens que J.-M. FAVRESSE, in M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 8 bis, pp. 14 et 15. L'auteur insiste sur le rôle du juge des référés comme remettant en question le privilège de la décision exécutoire, comme "des entorses" au privilège du préalable. Rem. aussi C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 163, interprétés *infra*, n° 404.

⁶⁸⁵ Comp. par exemple (outre à l'évidence C. CAMBIER et le renvoi déjà mentionné chez A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE) P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, pp. 337 et s., n° 431 et s., dont n° 432, p. 340, ad : "La matière (la protection juridictionnelle des droits subjectifs) est nouvelle et controversée. Les solutions adoptées influenceront le développement du droit administratif"...

⁶⁸⁶ À noter que ces contributions ne font généralement pas état des privilèges. Quant aux articles y consacrés, lorsqu'ils remettent en cause les privilèges, ils sont le plus souvent simplement intégrés dans les ouvrages généraux au titre de référence bibliographique, le reste des développements restant "égal par ailleurs".

administratif est cependant sauve, le cas échéant, car seules les illégalités flagrantes sont concernées.

La voie de fait symbolise à elle seule la lente évolution du contrôle judiciaire en droit belge⁶⁸⁷.

⁶⁸⁷ J. DE MEYER, "Over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en van de Raad van State in zaken van herstelvergoeding", *R.W.*, 1949-1950, col. 1169 à 1184; H. BUCH, "Le contrôle juridictionnel des actes administratifs", *J.T.*, 1957, pp. 1 à 5; L. DE KEYSER, *Legitimatie en gronden voor een directe aanvechting van overheidsdaden. Een vergelijkende studie van het engelse en het belgische recht*, Anvers, De Sikkel, 1958; F. DE VISSCHERE, "De controle van de burgerlijke rechter op de handelingen van het bestuur", in *Jaarboek van het Vlaams Rechtsgenootschap*, Leuven, 1960, pp. 63 à 91; du même auteur, "Gaaf de burgerlijke rechtspraak naar een ruimer interpretatie van artikel 107 van de Grondwet ?", *T.B.P.*, 1960, pp. 319 à 325; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, pp. 195 et s.; J. DELVA, "Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscollages", *T.P.R.*, 1967, pp. 383 à 501; J. VELU, "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Belgique", in *Gerichtsschutz gegen die exekutive*, T. I, Cologne-Berlin, Institut Max Planck, 1969, pp. 55 à 112; M. DENYS, "Vijftig jaar later. De evolutie van de overheidsaansprakelijkheid in België en in het communautair recht" (discours), *R.W.*, 1970-1971, col. 825 à 834; M.-A. FLAMME, "Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration", *J.T.*, 1972, pp. 417 à 423; L. P. SUETENS, "De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter", in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 673 à 690; L. P. SUETENS, "Actuele ontwikkelingen in het administratief recht", *R.W.*, 1973-74, col. 1233 à 1260, sp. n° 15 à 23, col. 1248 à 1260; C. HUBERLANT, "Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique", in *Rapport belge au IX^e congrès international de droit comparé (Téhéran)*, Bruxelles, 1974, pp. 459 à 487; du même auteur, "Le problème du sursis à exécution des décisions administratives en Belgique", *R.J.D.A.*, 1975, pp. 81 à 118; M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, R.C., 1975, pp. 255 à 264; A. VANDER STICHELE, "De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative", *R.J.D.A.*, 1975, pp. 1 à 22; J. M. NELISSEN, obs. sous civ. Bruxelles, 26 avril 1976, *J.T.*, 1977, pp. 154 et 155; W. LAMBRECHTS, "De verbetering van het administratief contentieux", *R.W.*, 1977-1978, col. 2331 à 2342, sp. col. 2338; J. DELVA, "Civielrechtelijke aspecten van de overheidsaansprakelijkheid" (Preadvies), *R.W.*, 1977-1978, col. 2343 à 2407; P. CHARLIER, "La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge", *J.T.*, 1980, pp. 145 à 151; W. LAMBRECHTS, "De overheidsaansprakelijkheid van 1963 tot 1980", *T.B.P.*, 1981, pp. 114 à 126, sp. 121 à 123; K. RIMANQUE, "Nationale bescherming van grondrechten", *T.B.P.*, 1981, pp. 39 et 40; L. P. SUETENS, "Preventieve rechtsbescherming bij overheidsoptreden", *T.B.P.*, 1981, ici pp. 59 et 60; J. SAROT, in *Rapports ...*, *op. cit.*, T. I, 1982, pp. 693 à 711; P. TAPIE et M. LEROY, "L'évolution du contentieux administratif en Belgique", *J.T.*, 1982, pp. 222 à 226; G. ROMMEL, "De feitelijkheid in het kortgeding tegen de overheid", *T.P.R.*, 1983, pp. 1111 à 1139; A. ALEN, *op. cit.*, 1984, sp. T. II, pp. 611 à 639, n° 332 à 344 et la combinaison des art. 159 et 144-145 de la Constitution concernant toute opposition qui fait appel à une loi pour résister à un acte administratif élevant une contestation dont le jugement est déferé au pouvoir judiciaire par les art. 144 et 145 de la Constitution; du même auteur, "De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet", *R.W.*, 1983-1984, col. 1729 à 1756; K. BAERT, "De rechter en de overheid", *T.B.P.*, 1981, pp. 43 à 58; B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, pp. 244 à 284, sp. pp. 272 à 281, n° 106 à 132; K. BAERT, "Opschorsing van administratieve beslissingen", *T.B.P.*, 1983, pp. 112 à 126; D. LINDEMANS, "Het kort geding tegen de overheid", *R.W.*, 1983-1984, col. 209 à 224 (à propos de Bruxelles (réf.), 18 mai 1982, col. 244); G. de LEVAL et J. VAN COMPENOLLE, "L'évolution du référé : renouveau ou mutation ?", *J.T.*, 1985, pp. 517 à 525, sp. pp. 521 et 522, n° 17 et 18 (dans le sens de l'admission du référé provision : le concept de provisoire tend à s'identifier à celui d'absence de préjudice au principal); D. LINDEMANS, *Kort geding*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, n° 539 à 565, pp. 296 à 311; M. PÂQUES, *op. cit.*, Ann. dr. Liège, 1986, pp. 85 à 90, sp. n° 4, pp. 87 et 88; J.-M. JOTTRAND, *op. cit.*, Entr. dr., 1987, pp. 123 à 127; C. DOYEN in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, pp. 171 à 188; D. LAGASSE, "Le contrôle du pouvoir "discrétaire" de l'administration par le juge", in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, pp. 169 à 188; M. LEROY, *op. cit.*, 1987, pp. 129 à 134, n° 93 à 96; P. LEWALLE, "La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge : antécédents et perspectives", in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, pp. 3 à 63; J. VAN COMPENOLLE et G. de LEVAL, "Le référé administratif : une institution en sursis ?", in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, pp. 189 à 212; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, pp. 551 et s., n° 233 et s.; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 586, pp. 518 à 520 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 724 à 733, pp. 660 à 671; D. LAGASSE, "L'intervention du

Elle a en effet permis d'établir le contrôle préventif du juge civil en référé⁶⁸⁸. Ce dernier s'est largement répandu après la Seconde Guerre mondiale⁶⁸⁹. Cependant, il n'a été véritablement consacré par la Cour de cassation qu'au début des années quatre-vingt. Aussi, comme en France, la voie de fait est souvent conçue en doctrine comme un tempérament au privilège⁶⁹⁰.

juge en droit administratif", *D.A.O.R.*, 1989, pp. 73 à 85; P. MARTENS, "La peur du juge", in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1990, pp. 231 à 256; M. TROUSSE, "Ce qui se juge administrativement et ce qui se juge judiciairement", in Jeune barreau de Liège, *op. cit.* 1990, pp. 185 à 208; P. MARCHAL, "Les référés", *Répertoire notarial*, T. XV, Livre XXIV, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 102 à 111; M. LEROY, *op. cit.*, 1996, pp. 565 et s. (et en filigrane dans l'ensemble de l'ouvrage); P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, pp. 221 et s., n° 186 et s. *Add.* pour un aperçu panoramique, P. CHARLIER, "Le contrôle juridictionnel exercé sur l'administration en droit belge", *R.R.D.*, 1983, pp. 7 à 16. Comp. avec vertige G. DOR, "Contrôle juridictionnel de l'administration", *Annales de droit et de sciences politiques*, 1935, pp. 271 à 283.

⁶⁸⁸ Chronologiquement, après quelques exceptions au dix-neuvième siècle - par exemple civ. Anvers, (réf.), réformée par Bruxelles, 26 avril 1834, *Pas.*, 1834, II, 102; civ. Bruxelles, 24 avril 1875, réformée en appel par Bruxelles, 3 janvier 1877, *R.A.*, 1878, col. 593; civ. Bruxelles (réf.), 13 août 1898, *Pas.*, 1898, III, 309; civ. Bruxelles (réf.), 18 juillet 1902, *R.A.*, 1903, p. 185 (malgré l'absence de voie de fait en l'espèce); civ. Bruxelles (réf.), 5 novembre 1902, *Pas.*, 1903, III, 24; *R.A.*, 1903, p. 223 - ou même entre-temps - par exemple civ. Mons (réf.), 3 octobre 1922, *Pas.*, 1923, III, 9, ou civ. Liège (réf.), 5 février 1947, *Pas.*, 1947, III, 11 - l'affaire dite "de la Commune de Vedrin" - Liège, 18 décembre 1956, *J.T.*, 1958, et obs. C. CAMBIER, confirmant civ. Namur (réf.), 11 septembre 1956, *J.T.*, 1958, p. 149 (et obs.); *add.* A.-M. GILLES, "La voie de fait administrative", *J.T.*, 1959, pp. 378 à 381 - est généralement identifiée comme étant celle qui a véritablement donné droit de cité au contrôle préventif de l'administration par le juge des référés. Elle lui a donné une réelle impulsion. Comme en témoignent les observations de C. CAMBIER précitées, il a fallu dépasser, pour y arriver, le principe de la séparation des pouvoirs défendu par M. BOURQUIN, contesté par L. WODON, exactement comme en matière de responsabilité. Il reste que l'arrêt n'est pas en 1956 "dans la ligne de la jurisprudence généralement admise. L'opinion et l'enseignement dominants sont dans ce sens que le contrôle judiciaire à l'endroit des actes et interventions administratifs est limité à l'attribution de dommages-intérêts en cas d'atteintes injustes portées aux droits de l'administré (...) et au refus d'application des arrêtés et règlements non conformes aux lois (...)" (p. 148). Avec ce constat qui étonne mais confirme en même temps l'erreur déjà soulignée à laquelle conduit l'inspiration française irréfutable: "les idées que le juge belge a empruntées à la doctrine française continuent de faire chez nous une carrière qu'elles ont cessé d'avoir dans leur pays d'origine. C'est là un sort qui pour être singulier se rencontre assez fréquemment dans la jurisprudence judiciaire belge appliquée aux questions de droit administratif" (pp. 148 et 149).

⁶⁸⁹ Rem., pour illustrer la portée du contrôle sur le privilège, civ. Tongres, 6 septembre 1993, *R.W.*, 1994-95, p. 196, note H. VUYE, "Bezitsvorderingen en milieurecht : over oude en nieuwe spoedprocedures" : (en l'espèce en application de l'article 19 du Code judiciaire) le juge civil est compétent pour interdire à l'Etat belge de permettre à la gendarmerie d'accorder son assistance à l'exécution d'une décision d'une autorité administrative habilitée à la requérir lorsque la validité juridique de ladite décision est sérieusement contestée.

⁶⁹⁰ Le plus souvent au privilège de l'exécution d'office. Voy. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 208 et *op. cit.*, 1968, p. 597 (un correctif au principe de la séparation des pouvoirs); A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1753; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 188, p. 147; M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, *R.C.*, 1964, pp. 119 à 124, partic. pp. 121 et 124; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 378, p. 349 (et l'acte inexistant); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 308 et note 4; G. DE LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 476; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, pp. 834 et 835 et note 242; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 22. *Add.* A.-M. GILLES, *op. cit.*, *J.T.*, 1959, p. 378 (impl. au privilège du préalable); C. HUBERLANT, "Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique", in *Rapport belge au IX^e congrès international de droit comparé (Téhéran)*, Bruxelles, 1974, p. 478 (un tempérament au principe de l'indépendance des pouvoirs); C. HUBERLANT, *op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1975, p. 98 (impl. au "caractère exécutoire" indéterminé, au sujet de la suspension, mais l'étude de la voie de fait suit directement); W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, *T.B.W.*, 1981, p. 122 (au principe général selon lequel l'acte est exécutoire); B. JADOT, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1982, p. 244, n° 1, note 2, ainsi que pp. 277 et 278, n° 122 ("empêche") et 123 ("s'accommoder mal"); K. BAERT, *op. cit.*, *T.B.P.*, 1983, pp. 112 et 113, n° 2 et 3 (impl.); M. DONY, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1985, p. 83 (impl.); D. LINDEMANS, *op. cit.*, 1985, not. p. 309, n° 563 (à la séparation des pouvoirs); G. CLOSSET-MARCHAL, "Le référé aujourd'hui", *Ann. dr. Liège*, 1986, p. 314 (au privilège du préalable); D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 281, p. 463 (et note 44 : "Et non, bien entendu, en raison de la

Mais il n'est pas toujours précisé qu'elle n'a pas la même portée qu'en droit français⁶⁹¹. Pourtant, cela ne saurait plus être contesté aujourd'hui.

268. Sa portée en droit belge. Deux différences essentielles doivent être soulignées.

Première différence. La voie de fait est sans effet sur la compétence juridictionnelle comme en France. En effet, elle n'est pas un critère servant à déterminer la compétence d'un ordre de juridiction par rapport à l'autre et permettant la protection judiciaire. Dans le prolongement de l'arrêt "La Flandria", le juge belge des référés ne puise pas sa compétence dans une théorie prétorienne qui conditionnerait son intervention en matière administrative. Il la puise dans la Constitution et dans le droit commun (le Code judiciaire), directement, et aux mêmes conditions que pour le particulier, à savoir l'urgence⁶⁹² et le provisoire⁶⁹³.

séparation des pouvoirs" !), n° 284 à 286, pp. 468 et 471 (et note 76) ainsi que n° 294 et 295, pp. 484 et 485 : au privilège de l'exécution préalable, de la décision exécutoire ou du préalable (présomption); C. DOYEN, in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, pp. 178 et 179 (impl.) en citant, notes 41 et 42, deux jugements inédits du juge des référés de Liège des 2 juin et 8 décembre 1986, le dernier entre-temps publié in *J.T.*, 1987, p. 127; J.-M. JOTTRAND, *op. cit.*, *Entr. dr.*, 1987, n° 3, p. 124 et note 2 : au privilège du préalable (présomption de légalité) également appelé privilège de la décision exécutoire; C. LAMBOTTE, *La procédure devant le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Némésis, 1987, pp. 20 et 26 (impl.); J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, n° 7, p. 195; D. LAGASSE, *op. cit.*, *D.A.O.R.*, 1989, p. 85 (impl.); J. SOHIER, *op. cit.*, 1998, p. 112, n° 194 et 195 (impl. au privilège du préalable, caractère exécutoire immédiat).

⁶⁹¹ Dans ce sens, cependant : F. DE VISSCHERE, in *Jaarboek ...*, *op. cit.*, 1960, pp. 89 et 90; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, pp. 207 et 208 et *op. cit.*, 1968, p. 597, note 3; J. DELVA, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1967, pp. 432 et 433, n° 74 à 76; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 325 à 330; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, 1972, n° 9, p. 420; J.M. POUPART, "Les voies de fait et la juridiction des référés. Etude de jurisprudence", *Ann. dr.*, 1974, n° 25, p. 345; B. JADOT, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1982, pp. 276 et 277, n° 117 à 119, malgré que pp. 278 à 280, n° 123 à 130, l'auteur semble réintroduire de manière nuancée une conception franco-judiciaire de la voie de fait sur la base du privilège de la décision exécutoire, sous sa facette "présomption", ainsi que sur base des conditions d'intervention ordinaires du juge des référés; P. QUERTAINMONT, obs. sous Bruxelles, 17 septembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 413 à 415 (l'auteur souligne cependant le risque de voir le juge réduire son intervention aux seuls cas où l'illégalité est suffisamment évidente et grave); K. BAERT, *op. cit.*, *T.B.P.*, 1983, n° 3, pp. 112 et 113, p. 117, n° 15 et n° 29, pp. 124 et 125; G. ROMMEL, "De feitelijkheid in het kortgeding tegen de overheid", *T.P.R.*, 1983, pp. 1111 à 1139; D. LINDEMANS, *op. cit.*, *R.W.*, 1983-1984, col. 220 à 222, n° 21 à 23; D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 275, p. 454 et n° 280, pp. 461 et 462; M. PÂQUES, *op. cit.*, *Ann. dr. Liège*, 1986, n° 4, p. 87 et note 3; C. DOYEN, in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, sp. p. 177; J.-M. JOTTRAND, *op. cit.*, *Entr. dr.*, 1987, n° 3 à 5, pp. 124 et 125; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, pp. 196 à 198, n° 10 à 13 et n° 25, pp. 205 et 206; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 238 à 241, pp. 560 à 578; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 586, pp. 518 à 520 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 724 à 733, pp. 660 à 671; M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 567 et 568, ainsi que pp. 639 et 640; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 190, pp. 239 à 242, ainsi que n° 258, pp. 364 et 365, note 337.

⁶⁹² Les cours et tribunaux ont parfois tendance à oublier la condition de l'urgence en matière administrative. Ils la présument en cas de voie de fait. Une telle attitude pêche par excès contraire. L'urgence doit être appréciée au cas par cas, *in concreto*. Une autre interprétation de la compétence judiciaire en matière administrative serait discriminatoire.

⁶⁹³ Rapport du Commissaire royal à la réforme du Code judiciaire, *doc. parl.*, s. 1963-1964, n° 60, 10 décembre 1963, p. 139 et *Pas.*, 1967, p. 396 : le Code judiciaire "ne modifie pas cette orientation" concernant la compétence du juge des référés en matière administrative. Rem. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 240, p. 572 : "tant en droit civil qu'en droit administratif, la notion de voie de fait répond aux mêmes conditions". *Add.* F. DE VISSCHERE, in *Jaarboek ...*, *op. cit.*, 1960, p. 80; G. ROMMEL, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1983, pp. 1137, n° 35; D. LINDEMANS, *op. cit.*, 1985, n° 563, pp. 310 et 311. Comp. civ. Liège (réf.), 8 décembre

Deuxième différence. Le pouvoir judiciaire n'est pas seulement compétent pour censurer l'illégalité grave et manifeste comme en France. En droit belge, le juge ordinaire peut remédier à "toute illégalité"⁶⁹⁴. Il dispose à cette fin des mêmes moyens que dans les autres matières.

Tel n'est pas le cas en France où la voie de fait⁶⁹⁵ vise une illégalité à ce point grave qu'elle dénature l'acte, qu'elle lui ôte sa nature administrative et justifie, dans ce cas uniquement, que le juge judiciaire puisse faire usage de ses pouvoirs d'injonction et d'astreinte à l'égard de l'autorité administrative.

Ainsi, une protection judiciaire identique à celle entre particuliers peut être obtenue en France, mais dans des cas très limités. Dans les autres cas, la compétence administrative prive le particulier d'un moyen utile pour paralyser l'action administrative. Il lui faut demander la suspension à la juridiction administrative, dans des conditions beaucoup plus sévères.

Tel n'est pas le cas en droit belge où la compétence judiciaire est quasi naturelle en matière d'exécution d'office, ce qui a permis à la jurisprudence d'évoluer différemment, notamment sans la menace d'un arrêt de conflit. N'importe quelle illégalité⁶⁹⁶, pour peu qu'elle soit

1986, *J.T.*, 1987, p. 129 : la suspension du caractère exécutoire de toute décision administrative est comparée ("au même titre que") à celle de l'exécution d'un titre notarié revêtu de la formule exécutoire, dès que la légalité de l'acte est sérieusement contestable.

⁶⁹⁴ Autrement dit, le caractère évident et grave de l'illégalité imputée à l'autorité n'est pas une condition à l'intervention du pouvoir judiciaire en général et à celle du juge des référés en particulier. Il suffit qu'il y ait "des apparences de droit suffisantes pour justifier une décision" pour justifier l'intervention du juge des référés. Le juge des référés "ne s'immisce pas dans les attributions du pouvoir exécutif" lorsqu'il se déclare compétent pour prescrire à l'autorité administrative "les mesures et notamment les défenses nécessaires aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte paraissant portée fautive par cette autorité à des droits subjectifs dont la sauvegarde relève des cours et tribunaux" : Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, 908 et *J.T.*, 1985, p. 697, concl. conf. proc. gén. VELU, alors av. gén., dans les deux cas; Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, 251; Cass., 14 janvier 1994, *Pas.*, I, 41 et *Arr. Cass.*, 1994, 44 et concl. conf. av. gén. M. D'HOORE. Concernant la deuxième proposition, voy. aussi Cass., 21 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, 1096; Cass., 9 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 48; Cass., 29 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 84; *J.T.*, 1984, p. 330 et obs. J.-P. COPPÉE. Le tout sans distinction entre le pouvoir de décision (auparavant soustrait au juge en dehors du cas où l'administration a violé une obligation précise que la loi lui impose) et les actes d'exécution (soumis sans réserves au contrôle des tribunaux appelés à rechercher si l'administration a ou non lésé un droit civil), comme il avait été parfois distingué après le célèbre arrêt "La Flandria", en matière de voirie (voy. not. Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I, 223 et note P. LECLERCQ, à propos de l'état d'une route souverainement décidé par l'autorité), pour ménager la séparation des pouvoirs. Cette "doctrine" a été définitivement rejetée par la Cour de cassation en 1963. Voy. Cass. (ch. r.), 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, 744 et concl. conf. proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH, alors av. gén.; *R.C.J.B.*, 1963, p. 93 et note J. DABIN, "La responsabilité de l'administration à l'égard des usagers de la voirie"; *J.T.*, 1963, p. 223 et obs. C. CAMBIER (une distinction "laborieuse" dont la Cour de cassation a voulu "faire litière") (le procureur parle d'une "relative séparation des pouvoirs" et de leur "autonomie relative", "précepte, sans valeur absolue, dont le constituant lui-même s'est, dans de nombreuses matières, écarté") : "les pouvoirs que la loi attribue à l'administration dans l'intérêt général, ne soustraient pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous", à savoir, en l'espèce, l'obligation de n'ouvrir à la circulation publique que des voies suffisamment sûres.

⁶⁹⁵ Soit, en termes généraux (nettement plus compliqués en pratique comme en théorie) : une irrégularité grave impliquant que l'administration a procédé à une opération matérielle dans des conditions manifestement non susceptibles de se rattacher à l'exercice d'un de ses pouvoirs et portant atteinte à une liberté essentielle ou à la propriété privée.

⁶⁹⁶ Il faut bien distinguer la voie de fait du contrôle marginal, même si les deux notions sont liées. Le contrôle marginal concerne l'opportunité à préserver dans le chef de l'autorité lorsqu'elle lui est reconnue. De son côté, l'illégalité dépasse le domaine de l'opportunité. Ce n'est que lorsque le contrôle opéré par le juge des référés

démontrée et sous réserve de l'abus de droit, permet de paralyser l'action administrative au moyen du pouvoir d'injonction, jusqu'à ce que le juge du fond se soit définitivement prononcé⁶⁹⁷.

269. Une notion inutile en droit belge. Malgré ces deux différences de taille, un auteur, en particulier, semble avoir encouragé au départ la réception de la théorie française de la voie de fait en droit belge. Il s'agit d'A.M. GILLES⁶⁹⁸, à qui C. CAMBIER n'a pas hésité, dès 1961, à prêter une "erreur d'optique - bien excusable dans ce pays particulièrement réceptif aux doctrines des publicistes français"⁶⁹⁹.

En droit belge, toutefois, il n'est pas nécessaire de recourir à la voie de fait pour permettre au juge de l'ordre judiciaire de censurer l'administration. Il le peut et il le doit chaque fois que, à

concerne l'opportunité qu'il est nécessairement marginal. Pour le reste, toute illégalité est constitutive de faute. Cette distinction doit être présente dans les esprits pour éviter les égarements qui, à défaut, pourraient survenir, par exemple à la lecture de D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, pp. 462 à 474, n° 281 à 288. En effet, l'auteur fonde son raisonnement sur l'erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire sur le domaine de l'opportunité, ce qui explique par conséquent l'importance du contrôle marginal dans son raisonnement. Cela dit, l'intensité du contrôle dépend fortement du pouvoir d'appréciation individuelle du juge en pratique.

⁶⁹⁷ Enjoindre (provisoirement) de ne pas faire, ce qui revient à suspendre l'exécution d'un acte litigieux, ou encore enjoindre d'accomplir un acte déterminé, comme de réparer en nature. Voy. Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, 1341; *J.T.*, 1980, p. 707 (et les arrêts cités ci-dessus concernant les apparences d'un droit suffisantes). Directement sur cet arrêt : H. BOCKEN, "Herstel in natura en rechtelijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatie-arrest van 26 juni 1980", in *Liber amicorum J. Ronse*, Gand, Story-Scientia, 1986, pp. 493 à 511; F. DELPÉRÉE, "La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration", *R.C.J.B.*, 1983, pp. 173 à 199 (et du même auteur, "L'administration responsable ...", in *Jeune Barreau de Bruxelles*, *op. cit.*, 1983, pp. 87 et s.); D. DÉOM, "De la réparation du préjudice causé par les pouvoirs publics", *A.P.T.*, 1981, pp. 127 à 131 (rem. p. 130 : l'arrêt offre "l'occasion de refaire le point sur les privilèges de l'administration à l'égard de son juge", en l'occurrence ceux de la décision exécutoire (unilatérale, soit l'interdiction faite au juge d'apprécier l'opportunité d'une décision administrative) et de l'immunité d'exécution); F. DE VISSCHER, "Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration. À propos de l'arrêt du 26 juin 1980 de la Cour de cassation", *J.T.*, 1981, pp. 682 à 684. Rem. Cass., 19 décembre 1935, *Pas.*, 1936, I, 94 : encore en 1935, la Cour de cassation répétait en droit des étrangers que "le principe de l'indépendance des pouvoirs s'oppose à ce que le pouvoir judiciaire fasse défense au pouvoir exécutif d'accomplir un acte de sa fonction" et que "ce n'est que quand l'application de cet acte lui sera demandée que le pouvoir judiciaire pourra exercer le droit d'appréciation qui lui appartient en vertu de l'article 107 de la Constitution".

⁶⁹⁸ A.-M. GILLES, *op. cit.*, *J.T.*, 1959, pp. 378 à 381. En témoigne notamment le large crédit qu'elle fait aux auteurs français. De même : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 188, p. 147; M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, *R.C.*, 1964, p. 124; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 378, p. 350 et note 32; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 308 et note 4; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 210. *Add.* dans le sens d'une certaine résistance, au départ opposée à la censure des actes administratifs (et non des actes matériels), sur le mode français et sous prétexte de paralysie : G. MOENS, note sous civ. Audenaarde (réf.), 19 mai 1969, *R.W.*, 1970-71, n° 6 et 7, col. 1960 et 1961; C. HUBERLANT, *op. cit.*, in *Rapport belge* ..., 1974, pp. 478 à 487; civ. Louvain (réf.), 19 mars 1974, inédit, cité par B. JADOT, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1982, n° 122, p. 277, note 311; C. HUBERLANT, *op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1975, pp. 104 à 110, sp. p. 109; X, obs. sous civ. Anvers (réf.), 21 janvier 1977, *R.C.*, 1977, p. 46, n° 17; J. SAROT, in *Rapports* ..., *op. cit.*, T. I, 1982, p. 708; D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 284, pp. 467 et 468, ainsi que n° 286 à 288, pp. 471 à 474 (sous peine de dénaturer le critère de dénaturation).

⁶⁹⁹ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 207. Il n'empêche que, historiquement, la voie de fait a permis l'éclosion du juge des référés en matière administrative.

défaut, il sacrifierait un droit subjectif à une entreprise illicite du pouvoir⁷⁰⁰. "Le recours à la sanction positive de l'illégalité ne doit point procéder du degré plus ou moins flagrant ou grave de l'excès de pouvoir, mais de la recherche du moyen adéquat de préserver ce droit"⁷⁰¹. Il permet la suspension temporaire de la force exécutoire par le juge des référés, avant même qu'il ait été statué au fond sur les mérites de l'acte querellé.

Aussi l'utilité réelle de la voie de fait est-elle clairement mise en cause en droit belge⁷⁰². En jurisprudence, elle est assimilée à un "abus de droit"⁷⁰³, ce qui témoigne d'une conception beaucoup plus large qu'en France. Elle continue d'être mentionnée en jurisprudence, mais par commodité, tantôt parce que l'illégalité est effectivement criante en l'espèce, pour la désigner, tantôt plus simplement pour ce que l'expression a de contradiction avec la voie de droit⁷⁰⁴.

700 Comp. Liège, 18 décembre 1956, *J.T.*, 1958, p. 148 et obs. C. CAMBIER : l'arrêt interdit "l'atteinte immédiate à un droit civil" que l'on ne peut s'empêcher de rapprocher de l'exécution immédiate d'un acte administratif que le Conseil d'État a la faculté de suspendre.

701 C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 208.

702 Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 208 (l'utilité qui en fait l'intérêt vise le moyen d'action devant le juge des référés, correctif apporté à la force exécutoire qui s'attache d'office à la décision administrative; pourtant, l'auteur ne vient-il pas de démontrer que la voie de fait n'est pas utile comme telle à autoriser l'intervention préventive du juge ?); J. DELVA, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1967, pp. 432 et 433, n° 74 à 76; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, 1972, n° 9, p. 420 ainsi que *op. cit.*, T. I, 1989, n° 241, pp. 576 et 577 ("et, en tout cas, de sa spécificité en droit administratif belge"); B. JADOT, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1982, p. 277, n° 119; G. ROMMEL, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1983, n° 6, p. 1114 et n° 22 à 24, pp. 1127 et 1128; D. LINDEMANS, *op. cit.*, *R.W.*, 1983-1984, col. 222, n° 23; D. LINDEMANS, *op. cit.*, 1985, n° 561 à 563, pp. 309 à 311; D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 280 et 281, pp. 461 et 463, encore que l'auteur finit par la trouver, à l'instar de C. CAMBIER, dans la dérogation au privilège de l'exécution préalable valant l'incompétence du juge des référés à se prononcer sur la demande d'aménagement d'une situation provisoire à l'encontre d'un acte administratif, encore rappelée p. 472, n° 287 (il ne suffit toutefois pas d'évoquer la présomption de légalité dans l'absolu, comme le fait l'auteur, car elle est relative selon l'organisation du contentieux); J.-M. JOTTRAND, *op. cit.*, *Entr. dr.*, 1987, n° 3 à 5, pp. 124 et 125, ainsi que note 1, p. 124; P. MARCHAL, "Les référés", *Répertoire notarial*, T. XV, Livre XXIV, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 110 et 111, pp. 113 et 114 (abandon).

703 Comp. Cass., 20 janvier 1994, se référant à l'arrêt de la Cour d'appel cassé, sp. *Droit communal*, 1994, p. 234. Comp. déjà en 1956, civ. Namur (réf.), 11 septembre 1956, *J.T.*, 1958, p. 149 (et obs.) concernant le droit du juge des référés (consacré par les articles 806 et s. du Code de procédure civile et 11 de la loi du 25 mars 1876) "d'empêcher ou de mettre fin à tout abus de droit par des mesures urgentes" (idr). Ce faisant, il statue uniquement sur l'imminence de la voie de fait sans envisager le fond du droit qui est de la compétence exclusive du tribunal. Il statue au provisoire de façon à maintenir les choses en état jusqu'à la décision définitive sur le fond. À l'exception d'incompétence tirée de la règle de la séparation des pouvoirs, le juge répond que la Cour de cassation ne fait aucune distinction entre les administrations et les particuliers dès que des droits civils ou patrimoniaux sont en cause, sauf texte légal. En l'espèce, il est fait défense à la commune de Vedrin de prendre possession d'office et d'autorité d'installations électriques appartenant en grande partie à la société qui bénéficiait jusqu'alors d'un contrat et d'un droit exclusif de fourniture d'énergie électrique, comme annoncé par arrêté. Or, une telle prise de possession n'a pas été prévue par le contrat de concession lorsqu'il arrive à son terme. L'arrêt pris dans ce sens méconnaît donc l'article 1134 du Code civil et constitue "un abus de pouvoir heurtant le droit commun" (idr). La décision a été confirmée en appel par Liège, 18 décembre 1956, *J.T.*, 1958, et obs. C. CAMBIER : si le pouvoir judiciaire n'a pas le droit de se substituer aux autorités qualifiées pour prononcer la nullité ou ordonner la suspension d'un acte du pouvoir exécutif, il est bien compétent pour réparer ou prévenir toute lésion d'un droit civil qui ne serait pas permise par la loi "et ce, quel que soit son auteur". Il y va donc d'un prolongement du principe de la responsabilité, comme en témoignent d'ailleurs les notices des décisions.

704 Comp. J.M. POUPART, *op. cit.*, *Ann. dr.*, 1974, pp. 319 à 347, sp. p. 321. Au sens large, l'expression ne requiert pas une illégalité grossière et patente, sauf alors sous l'angle de la recevabilité, à travers l'urgence.

Dans les deux cas, elle ne peut pas être assimilée à la théorie française du même nom⁷⁰⁵. Le cas échéant, elle aurait pour effet de la restreindre considérablement.

270. Une notion inutile pour le privilège. Dès lors que la voie de fait administrative est une notion devenue inutile en droit belge, elle l'est aussi pour y définir le privilège. Au lieu d'y faire référence, il convient d'insister sur le rôle du pouvoir judiciaire en matière administrative. Cela aurait permis d'éviter également l'effet suspensif des recours.

Il s'agit, de manière plus générale, d'inciter la doctrine à développer une vue d'ensemble de la matière administrative, sans cantonner les avancées prétorienne à certaines matières et à certains endroits des précis. Cela a été le cas avec la voie de fait, mais aussi, on s'en rappelle, avec la responsabilité administrative⁷⁰⁶.

À noter par ailleurs que la voie de fait n'est pas vraiment un tempérament au privilège. Elle permet au contraire de remédier aux illégalités. La remarque est approfondie ci-dessous, sous l'angle de la suspension⁷⁰⁷.

271. Le sursis à exécution et la suspension. Une raison supplémentaire pour revoir la formulation des privilèges, mais plus récente que la précédente, tout en lui étant liée^{708 709} voire

705 Ou à sa version belge sous influence française, consistant dans "l'illégalité grave et évidente de l'autorité administrative, l'acte matériel ou le comportement par lequel cette autorité empêche la partie plaignante d'exercer un droit évident, usurpe sans titre la propriété d'autrui ou porte atteinte à la liberté individuelle, préférant la violation ou la surprise aux recours juridictionnels mis à sa disposition" (telle que résumée par J. VELU, *proc. gén.*, alors av. gén., dans ses concl. conf. préc. Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, 908 et *J.T.*, 1985, p. 697, ici n° 16, resp. 917 et p. 699).

706 Voy. *supra*, n° 50 et 54.

707 Voy. ci-dessous, n° 273.

708 L'exposé des motifs du projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif (*doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 8 et p. 21 : le projet de loi consacrerait "l'autonomie du droit administratif" !), permet en effet de comprendre que l'intervention grandissante du juge des référés en matière administrative a contribué à décider l'organisation du contentieux de la suspension, non sans une pression doctrinale et internationale : la recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, mais aussi et surtout la Convention européenne des droits de l'homme dont les exigences à l'article 6, § 1^{er} sont telles que "Dans un État de droit, les pouvoirs publics, comme les gouvernés, doivent accepter d'être soumis non seulement aux normes du droit mais aussi aux recours juridictionnels prévus pour assurer effectivement le respect de ces normes et la sauvegarde des droits subjectifs" (le droit à un tribunal ou à un procès équitable) (*proc. gén.* J. VELU, *concl. préc. Cass.*, 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, 908 et *J.T.*, 1985, p. 697, ici n° 22, resp. 925 et p. 702; il importe peu que la contestation porte sur un acte de caractère administratif pris par l'autorité compétente et en vertu de prérogatives de puissance publique, ou même qu'il revête un caractère exécutoire car "À ce compte, la plupart des actes administratifs échapperaient à tout contrôle juridictionnel" ... : n° 23, 926 et p. 703; la responsabilité civile, disciplinaire ou pénale de l'agent concerné ne change rien sur ce plan). Rapp. concernant le recours effectif au juge, R. ANDERSEN et P. NIHOUL, "Le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence 1994 (Première partie)", *R.B.D.C.*, 1995, pp. 191 et 192, commentant S.L.C.E., avis n° L.23.766/8, 11 octobre 1994, sur un avant-projet de loi portant des dispositions sociales et diverses, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1994-1995, n° 1218/1, p. 220, dans lequel les auteurs voient un "avis de principe" modalisant le privilège du préalable ou le caractère exécutoire de principe des actes de l'autorité : l'effectivité du droit fondamental d'accès au juge et le principe général interdisant toute justice privée sont compromis en cas de contrainte au paiement avant que le juge ait statué (par comparaison avec le droit commun), en l'occurrence

apparentée⁷¹⁰, est l'organisation du sursis à exécution devant le Conseil d'État⁷¹¹, depuis 1989, entre-temps devenu le contentieux de la suspension de l'exécution des actes administratifs, avec une procédure en extrême urgence à la clef^{712 713}.

lorsqu'une conséquence disproportionnée (la suspension temporaire de l'agrément de l'abattoir) par rapport au but légitime poursuivi (budgétaire, lié à la continuité) est attachée au non-paiement à temps de droits d'expertise et de contrôle, cela sur simple mise en demeure et même si ceux-ci sont contestés devant les tribunaux; J. VELAERS, *op. cit.*, 1999, pp. 117 à 119, 13 G 11 et 12, concluant à la relativisation du privilège du préalable ("waardoor bestuurlijke beslissingen uit hoofde van rechtswege uitvoerbaar zijn, zonder dat het bestuur een beroep hoeft te doen op de rechter") sur base du même avis complété par trois autres avis commentés plus loin, à l'exception du troisième commenté ci-après. *Add.* S.L.C.E., avis sur un projet de loi portant des dispositions diverses "Santé publique", 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, pp. 13 et 14, par référence à la jurisprudence de la section d'administration (un arrêt "Legrand" n° 49.811 cité ci-dessous "impl.") car il ne mentionne pas expressément le privilège du préalable, mais le principe en vertu duquel ... : le privilège du préalable en vertu duquel l'acte est applicable aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé, suspendu ou retiré, qu'il soit entaché d'irrégularités ou non. Le lien avec le recours effectif au juge est également souligné, mais sans rapport cette fois avec la décision administrative bénéficiant du privilège du préalable : en rapport avec l'effectivité des arrêts du Conseil d'État.

⁷⁰⁹ Rem. à cet égard C. DOYEN, in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, p. 187 : l'auteur constate en 1987 que le juge ordinaire des référés tend à déduire de l'effet non suspensif du recours en annulation le caractère urgent d'une demande de surseoir à l'exécution d'un acte administratif ... Pour M. LEROY, le législateur a voulu arrêter le pouvoir judiciaire en tentant de lui substituer le Conseil d'État en référé (*op. cit.*, 1996, p. 640). Pourrait-on toutefois déduire de l'absence de réaction des membres de l'ordre judiciaire au projet de loi concerné qu'"ils étaient bien décidés à le saboter" ... (p. 636) ? À défaut d'une révision constitutionnelle, il était pourtant prévisible de retrouver la "logique" du cumul des contentieux à l'endroit du référé.

⁷¹⁰ D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 286, p. 472, note 79.

⁷¹¹ Sans préjudice d'un pouvoir spécifique de suspension parfois organisé devant une autre autorité, par exemple en matière de tutelle administrative.

⁷¹² À noter que, déjà en 1964-1965, au moment de préparer la loi du 3 juin 1971 modifiant la loi sur le Conseil d'État, une formule de sursis à exécution avait été adoptée par le Sénat (mais rejetée en commission de la Chambre), qui prévoyait le pouvoir dans le chef du Conseil des ministres (et du Conseil d'État) d'ordonner la levée du sursis prononcé par le Conseil d'État ! Voy. W. LAMBRECHTS, "Raad van State, waarheen ?" *R.W.*, 1970-1971, col. 241 à 258, sp. n° 4, col. 246 à 249; R. VANDEKERCKHOVE, "Essai de réforme du contentieux administratif", *A.P.T.*, 1976-77, n° 76, pp. 205 et 206; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, *R.W.*, 1977-1978, col. 2338; J. SAROT, in *Rapports* ..., *op. cit.*, T. I, 1982, p. 703; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, p. 345 et note 255. Le dispositif n'est pas sans laisser penser aux anciennes formules françaises ayant précédé l'apparition du Tribunal de conflits.

⁷¹³ L'organisation du mécanisme actuel de la suspension a connu différentes étapes de 1980 à 1993, sans oublier des modifications encore en 1996. Dans les grandes lignes, le sursis à exécution limité aux arrêtés qui renvoyait ou expulsait des étrangers est organisé en 1980 (article 70 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers) (il s'agit de mesures liées à l'exécution forcée, il convient de le remarquer). Mais ce n'est qu'en 1989 qu'une procédure plus générale de suspension est organisée (loi du 16 juin 1989), après l'organisation en 1983 d'une procédure comparable devant la Cour d'arbitrage en ce qui concerne les règles législatives et l'explosion du référé judiciaire en matière administrative. La procédure est simplifiée en 1991, en particulier par la suppression des moyens requis en 1989, limités à la violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution (loi du 19 juillet 1991), et ce parallèlement à l'organisation d'une procédure d'extrême urgence et à l'octroi du pouvoir d'ordonner des mesures provisoires et d'ordonner des astreintes. En 1993, le sursis à exécution spécifique à certaines décisions en droit des étrangers est supprimé en faveur de la procédure générale de suspension (loi du 5 mai 1993). Et en 1996, le principe du juge unique pour statuer sur les demandes en référé est établi (loi du 4 août 1996). À noter que durant plus d'un an, le règlement de procédure a attaché douteusement un effet suspensif à l'introduction d'une demande de suspension, rapidement limité aux actes individuels, ensuite supprimé de manière générale (arrêtés royaux des 27 octobre 1989, 6 décembre 1990 et 10 juillet 1991). Sur le sursis et la suspension, voy., outre les auteurs cités en note, ceux repris en bibliographie.

Avant cela, paradoxalement, un tel pouvoir n'était pas reconnu au Conseil d'État belge⁷¹⁴, à la différence de la situation en France, du reste, même s'il y était très exceptionnel. Au fur et à mesure de son introduction en droit belge, cependant, il a conduit à un contrôle au moins équivalent - voire plus rapide et plus efficace - à celui exercé en France à la même époque. De telle manière qu'il est souvent présenté comme une dérogation⁷¹⁵ au privilège du préalable en doctrine⁷¹⁶ et en jurisprudence^{717 718}, plus durement comme faisant échec aux privilèges du

⁷¹⁴ Telle n'est sans doute pas la seule explication du pouvoir dont le judiciaire a progressivement pris conscience d'intervenir préventivement jusqu'à suspendre l'exécution d'un acte administratif.

⁷¹⁵ Avant son organisation et depuis la création du Conseil d'État, son absence devait plutôt être considérée comme confirmant le privilège. Depuis lors, il reste d'ailleurs des auteurs pour soutenir que les limites et les conditions posées à la suspension continuent à étayer la réalité du privilège concerné. Voy. par exemple R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, n° 521, p. 221. *Add.* S.L.C.E., avis du 29 novembre 1990 sur un projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 42 : le Conseil d'État aurait fait une application très limitée des premiers pouvoirs de sursis attribués parce qu'il aurait compris la gravité de la mesure faisant échec aux privilèges.

⁷¹⁶ G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 475 et 476; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 8, p. 7 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 8, p. 7, mais sans mention expresse et uniquement sur renvoi à un autre numéro; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 366 (présomption); P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 91, p. 101 (le privilège du préalable ne peut en effet tout justifier); I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 84, p. 33; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21 (impl.). *Add.* C. HUBERLANT, *op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1975, p. 98 (au "caractère exécutoire" indéterminé); B. JADOT, *op. cit.*, 1982, *A.P.T.*, p. 254, n° 45 et 46 (le privilège de la décision exécutoire est à la fois un frein pour le sursis et "ébranlé" par le sursis); K. BAERT, *op. cit.*, *T.B.P.*, 1983, p. 112, n° 2 (présomption); M. DONY, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1985, pp. 82 et 83 (impl.); C. LAMBOTTE, *op. cit.*, 1987, pp. 20 et 21 (impl.); J. VAN COMPERNOLLE, "Actualité du référé", *Ann. dr. Louvain*, 1989, p. 165 : un échec au privilège du préalable, c'est-à-dire à la force exécutoire de l'acte administratif; J. GOVAERT, "De schorsingsbevoegdheid van de Raad van State en de schending van de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet", *R.W.*, 1989-1990, p. 1452 : au principe de l'exécution d'office; M. BOLCA, "La suspension par le Conseil d'État de l'exécution d'un acte administratif", *Rev. dr. rural*, 1990, p. 93 : une exception au privilège du préalable ou de la décision exécutoire (absence d'effet suspensif liée à la présomption); B. HAUBERT, in *op. cit.*, 1990, p. 68, impl., la trame de la procédure respectant le privilège du préalable et de l'exécution d'office (*add.* la suite de la note 84, p. 89, et p. 90); B. JADOT, "Le pouvoir de suspendre l'exécution d'actes administratifs, reconnu au Conseil d'État par la loi du 16 juin 1989", *Ann. dr. Louvain*, 1990, n° 7, p. 241 : au principe fondamental du caractère exécutoire (d'office) de l'acte administratif; J. VANDE LANOTTE, *De schorsingsbevoegdheid van de Raad van State*, Seminaris, R.U.G., 1990, p. 19; B. HAUBERT, "Le référé administratif : un an de jurisprudence", *R.R.D.*, 1992, p. 374, n° 17, impl. : au privilège du préalable; J.-P. LAGASSE, *Le référé administratif*, Bruxelles, Formatrice, 1992, p. 5, n° 1, n° 7, p. 16 et n° 10, p. 17 : au privilège du préalable (présomption) et au caractère exécutoire ou privilège de l'exécution d'office; J.-F. NEURAY, "L'avenir du référé administratif. Considérations sur la loi du 19 juillet 1991 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État", in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à M. J. Velu*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, n° 5, p. 684 et note 16 : au privilège du préalable, également appelé privilège de la décision exécutoire (le caractère exécutoire) (et le privilège de l'exécution d'office); E. LANCKSWERDT, *Het administratief kort geding*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, avant-propos, p. V (J. BORRET), et p. 10, n° 8 et 9 (exceptionnelle); P. LEVERT, "Référé administratif", *Amén.*, 1993, p. 15 : une exception au privilège du préalable; P. LEWALLE, *Le référé administratif*, Faculté de droit de Liège, 1993, p. 186 : "Le principe n'en demeure pas moins celui de la décision exécutoire"; P. MARTENS, "Grands juges et petites gens", obs. sous C.E., El Matar et cris, n° 43.486, 25 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1339 : aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office; P. BOUVIER, "Le référé administratif", *Droit communal*, 1994, p. 202 : au privilège du préalable qui confère aux actes administratifs un caractère immédiatement exécutoire et assure par là le respect du principe de la continuité des services publics; P. GILLIAUX, "Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg", *A.P.T.*, 1994, p. 29, impl. : au privilège du préalable (caractère exécutoire); F. JONGEN, "L'article 94 du Règlement de procédure devant le Conseil d'État, ou le privilège du manifeste", *A.P.T.*, 1995, p. 173, n° 1 et p. 189, n° 74, par analogie, celui-ci tendant à se substituer

aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office; M. QUINTIN, "Des mesures provisoires d'urgence et des procédures accélérées", *A.P.T.*, 1995, n° 1, p. 123 (et p. 124, ainsi que n° 28, p. 140) : au caractère exécutoire, directement lié aux privilèges du préalable (ou de la décision exécutoire) et de l'exécution d'office, outre à la présomption de légalité (l'auteur fait état d'une doctrine classique); P. NIHOUL, "Dans l'attente des tribunaux administratifs ... La loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973", *J.T.*, 1997, p. 836, par analogie : à la présomption de légalité (principe de base de notre droit public) et son corollaire, le privilège du préalable; L.P. SUETENS, *in op. cit.*, 1997, n° 8, p. 396, note 19 : une limitation drastique à la signification pratique des privilèges du préalable et de l'action d'office; J. SOHIER, *op. cit.*, 1998, n° 192, p. 111 : au caractère exécutoire immédiat.

Des auteurs sont plus prudents, même si la généralité des propos tenus ne font pas illusion. Ainsi peut-être M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 64, selon lequel le Conseil d'État peut ordonner des mesures "en vue d'éviter que l'administration, abusant du "privilège du préalable", ne mette à exécution un acte qui, de prime abord, court un sérieux risque d'être annulé". Ou encore P. MARTENS qui écrit en préface à l'ouvrage précité qu' "(...) aujourd'hui chaque citoyen intéressé peut obtenir du juge administratif qu'il ordonne la suspension d'un acte apparemment illégal. Le privilège du préalable, qui semblait être un des attributs inséparables de la puissance publique, a été progressivement grignoté par la révolution des droits subjectifs. Elle a étendu ses ravages jusqu'au cœur d'un contentieux théoriquement insensible à leur lésion !" (*ibidem*, p. VI).

L'origine de la mégarde est probablement d'origine parlementaire, comme indiqué à la note suivante, la doctrine se plaisant souvent à "intégrer" dans ses commentaires le contenu des travaux préparatoires. Ce qui explique vraisemblablement pourquoi de nombreuses publications consacrées à la suspension font de la sorte référence au(x) privilège(s), contrairement aux écrits relatifs à la voie de fait.

717 C.E., v.z.w. Vlaamse hogescholen van het lange type (VHOLT), n° 35.658, 16 octobre 1990, *R.A.C.E.*, sp; *Pas.*, 1993, IV, 74 : une exception au principe de la continuité et de l'observance "tant que le juge n'en a pas établi la légalité", sans mentionner le privilège ni l'obéissance préalable; C.E., Berkein, n° 39.730, 16 juin 1992, *R.A.C.E.*, 1992, sp, *Entr. dr.*, 1993, p. 69 et obs. A. DE CALUWÉ, et *A.P.M.*, 1992, p. 141; C.E., Legrand, n° 44.496, 13 octobre 1993, et n° 49.811, 21 octobre 1994, *R.A.C.E.*, resp. 1993 et 1994, sp (impl.) : au principe en vertu duquel les actes administratifs sont applicables aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés, suspendus ou retirés, quand bien même ils sont entachés d'irrégularité; C.E., Mehdaoui, n° 51.805, 27 février 1995 (impl.) (au caractère exécutoire de tout acte administratif, en l'espèce une décision du Commissaire général en droit des étrangers); C.E., s.p.r.l. Brufi, n° 52.171, 11 mars 1995 (impl.); C.E., s.a. Seco DG et crts, n° 54.130, 30 juin 1995, *Rev. eur. dr. h.*, 1996, p. 301 et obs. B. LOMBAERT, "Discipline à l'armée, ordre illégal et vie privée", pp. 303 à 313 : au principe qui ne tolère pas que le fonctionnement du service public soit interrompu (surtout pas lorsque l'urgence justifie l'action administrative); C.E., Devlieghere, n° 59.553, 8 mai 1996. *Add. civ. Liège* (réf.), 1^{er} juillet 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 467 : le privilège du préalable et la force exécutoire (réformé par Liège (ch. vac.), 26 août 1988, *ibidem*, la décision "paraissant entachée d'une illégalité manifeste"). *Add. M.-C. FOLETS et F. BERNARD*, "L'aide sociale aux étrangers en séjour illégal : la saga de l'ordre "définitif" de quitter le territoire de l'article 57, § 2 de la loi organique sur les centres publics d'aide sociale du 8 juillet 1976", *R. Cass.*, 1996, p. 292, note 23, de manière ambiguë compte tenu du caractère exécutoire par la force de l'ordre de quitter le territoire : le caractère exécutoire qui s'attache à tout acte administratif en vertu du principe dit du privilège du préalable, sans préjudice d'une éventuelle procédure en suspension; comp. C.T. Bruxelles, 27 novembre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 61 mélangeant les trois forces. *Add.* la position du Conseil des ministres in *C.A.*, n° 79/99, 30 juin 1999 : un tempérament, non un abandon.

Rem. l'arrêt "Berkein" n° 39.730 rendu par le Conseil d'État le 16 juin 1992 et le commentaire sous l'extrait publié in *A.P.M.*, 1992, p. 141, extrait qui se limite au principe mais ne souligne absolument pas l'intérêt circonstancié de l'arrêt. Selon la Haute juridiction administrative, le principe de la continuité du service public se traduit notamment dans le privilège du préalable. Le législateur aurait apporté une exception à ce principe en accordant au Conseil d'État la compétence de suspendre l'exécution immédiate des actes administratifs. Le détournement par le principe n'était toutefois pas nécessaire pour en arriver au vif du sujet : "le Conseil d'État ne peut par définition interdire utilement l'exécution immédiate d'un acte administratif que dans l'hypothèse où, sans cela, ce dernier pourrait être exécuté immédiatement en vertu du principe et du privilège considérés; (...) pour l'heure, la règle de déontologie contestée n'est pas un acte de cet ordre, dès lors qu'à défaut d'arrêt royal, elle n'a pas encore été rendue obligatoire et ne peut donc déjà être mise à exécution". Il faut préciser que la loi du 26 juin 1963 créant un Ordre des architectes dispose en son article 39, alinéa 1^{er}, qu'à la demande du conseil national, le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, donner force obligatoire aux règles de déontologie établies par ce conseil. Rien à voir en somme avec le privilège du préalable. À noter que le Conseil d'État va plus loin. Selon la Haute juridiction, "si la partie défenderesse pourvoit néanmoins à l'exécution de la règle concernée à l'égard du requérant,

préalable et de l'exécution d'office en législation⁷¹⁹, sans que les principes ne soient la plupart du temps définis.

En réalité, il vient seulement s'ajouter au référé judiciaire en pleine expansion durant les années 1980⁷²⁰ et qui permet d'obtenir le même résultat⁷²¹. Il peut même être cumulé⁷²² avec lui selon

le préjudice dont ce dernier peut se plaindre devant le juge compétent en s'appuyant sur des motifs de légalité, ne saurait être imputé à la règle de déontologie elle-même - qui peut être en effet parfaitement légale en soi - mais à la mesure qui serait par exemple une peine disciplinaire infligée au requérant, et qui constituerait l'exécution de cette règle; (...) dans ce cas, il appartient au requérant de mettre en œuvre contre cette mesure les voies de recours appropriées qui seraient susceptibles de faire disparaître le préjudice auquel il est exposé" (*ibidem*). Voy. aussi C.E., Van Eenname, n° 41.059, 16 novembre 1992, *Arr. R.v.St.*, 1992, sp. : une exception au principe de la continuité du service public !

718 Rem. sans grand bonheur C.E., Vande Castele et crts, 19 décembre 1990, n° 36.058, *R.A.C.E.*, 1990, sp : "faute d'avoir fait l'objet d'une demande de suspension, l'arrêt royal (...) bénéficie du privilège de l'exécution d'office", alors qu'il est sans rapport avec l'exécution forcée. Était-il nécessaire de commettre un tel impair pour déclarer sans intérêt celui qui n'a pas demandé la suspension d'un règlement, à demander l'annulation d'un arrêté qui apporte à ce règlement une correction qui ne le concerne pas, au motif que la suspension demandée n'empêcherait pas l'exécution du règlement ? De même, du temps où la demande de suspension devait invoquer la violation des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, le Conseil d'État estimait de jurisprudence constante que la loi ne lui permettait pas de déroger au "principe de l'exécution d'office" par un arrêt de suspension - sans aucun rapport avec l'exécution forcée - pour un motif qui pourrait être déduit de toute illégalité (c'est-à-dire sans autre moyen plus sérieux, par exemple, que le traitement concret différent) : C.E., Hulet et crt, n° 33.395, 10 novembre 1989, *R.A.C.E.*, 1989, sp (permis de bâtir); C.E., s.a. Les sablières réunies, n° 33.569, 8 décembre 1989, *R.A.C.E.*, sp (permis de bâtir); C.E., Vanempen, n° 33.830, 18 janvier 1990, *R.A.C.E.*, 1990, sp (plan particulier d'aménagement); C.E., Van Canneyt et Holvoet, n° 33.869, 25 janvier 1990, *R.A.C.E.*, 1990, sp (permis de bâtir); C.E., a.s.b.l. Fédération nationale des jeunes alliances paysannes de Belgique, n° 34.023, 12 février 1990, *R.A.C.E.*, 1990, sp (règlement d'aide à la première installation des jeunes agriculteurs ou horticulteurs); C.E., Bayet, n° 34.369, 16 mars 1990, *R.A.C.E.*, 1990, sp (arrêté conférant des fonctions); C.E., Nartey, n° 34.545, 30 mars 1990, *R.A.C.E.*, 1990, sp (décision de rejet); C.E., Colin, n° 34.544, 30 mars 1990, *R.A.C.E.*, 1990, sp (permis de bâtir); C.E., Honore et Constant, n° 35.470 et 35.471, 20 juillet 1990, *R.A.C.E.*, 1990, sp (permis de bâtir). Plus récemment : C.E., Aelbrecht, 10 septembre 1992, n° 40.286, *R.A.C.E.*, 1992, sp (refus d'autorisation de lotir) et la "suspension de l'exécution par dérogation au principe généralement en vigueur de l'exécution d'office des décisions administratives".

719 La suspension est en effet présentée comme une dérogation ou un tempérament au principe dit du privilège du préalable dans l'exposé des motifs du projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 2. On peut même lire dans l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'État sur le même projet que "La suspension est une mesure grave qui fait échec aux principes connus sous les noms de privilège du préalable et de privilège de l'exécution d'office" (S.L.C.E., avis du 29 novembre 1990, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 42). *Add.* en doctrine : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 81, n° 107. Jusque-là, le législateur avait refusé à plusieurs reprises d'accorder un tel pouvoir au Conseil d'État au motif notamment que le sursis paralysait l'action administrative et traitait à l'encontre du privilège de la décision exécutoire : M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 233, p. 551, note 3 et les auteurs cités, déjà repris en doctrine.

720 Voy. ci-dessus en ce qui concerne la "voie de fait", n° 267, ou encore D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 285, pp. 469 et 470. M. LEROY décrit l'évolution de manière très significative à cet égard, in *La République des juges*, *op. cit.*, 1997, pp. 23 à 32, sp. p. 23, et la réponse de F. OST, *op. cit.*, *Journ. proc.*, 3 octobre 1997, pp. 10 et 11). Il se produit une véritable explosion du référé face à l'administration.

721 À la condition évidente pour le particulier de le demander, l'institution dépassant largement l'objet.

722 Le cumul des référés judiciaire et administratif présente un intérêt évident lorsque l'acte entrepris n'est plus ou pas attaqué devant le Conseil d'État, soit parce que le délai de soixante jours est expiré, soit parce qu'un acte matériel est concerné et considéré par le Conseil d'État comme une simple mesure d'exécution d'une décision déjà devenue définitive. Les conditions du référé administratif paraissent plus strictes que celles du référé judiciaire, encore que ces dernières ne doivent pas être sous-estimées, notamment sur le plan de l'urgence. L'autorité de chose jugée doit permettre d'éviter l'insécurité et de limiter le risque de contrariété des décisions

l'objet véritable du recours ou, en pratique, selon l'angle sous lequel le litige est abordé⁷²³. Tel peut notamment être le cas en ce qui concerne le recours au privilège, à condition d'être en présence d'un acte juridique⁷²⁴, et pas seulement d'actes matériels. Dans ce dernier cas, seule la voie judiciaire est ouverte à l'administré en référé.

272. La force concernée. En soi, l'évocation de principes connus sous un nom déterminé, sans aucune définition préalable ni aucune précision ultérieure, alors que l'unanimité est loin d'être réalisée sur ce point, doit déjà inspirer la méfiance. On peut parler de choses différentes. Et on peut mal en parler, comme souvent à défaut de rigueur.

En l'occurrence, le privilège du préalable visé par la dérogation se rapporte (vraisemblablement), le plus souvent, à la présomption de légalité, au caractère unilatéral de l'acte ou à son caractère exécutoire au sens large. Les deux premiers aspects sont abordés sous les deux autres forces. Mais, dans les trois cas, l'absence de véritable privilège à leur égard doit d'ores et déjà être dénoncée. La présomption est en effet la conséquence du contentieux et non l'inverse. Quant au caractère exécutoire au sens large, il est commun à l'acte privé. La suspension ne peut donc pas déroger à un privilège qui n'existe pas. Finalement, la suspension ne concerne pas la force obligatoire de l'acte si bien que, le cas échéant, la mention est inadéquate.

(comp. toutefois M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 637). Exactement comme au sein même du Conseil d'État (entre chambres) ou entre juridictions judiciaires "inférieures". À noter que le juge des référés présente l'avantage de la proximité géographique et aux droits particuliers. Mais par-dessus tout, comme il a été relevé au moment d'élaborer la loi, "il n'est pas sain de laisser à une seule juridiction, sans recours possible, la compétence de trancher tous les litiges concernant un acte" (amendement proposé par Mmes NELIS et AELVOET au projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/3, p. 2). Sans oublier l'effet d'entraînement mutuel que permet la dualité des contentieux. Pour un allongement considérable du délai de 60 jours : J. DHONDT, "Artikel 107 van de Grondwet en de onaantastbaarheid van onregelmatige administratieve rechtshandeling", *T.B.P.*, 1990, pp. 563 et 564.

⁷²³ Cass. (ch. r.), 15 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, 828; *R.W.*, 1993-1994, pp. 711 et s. et concl. av. gén. D'HOORE; *J.T.*, 1994, p. 452; *R. Cass.*, 1993, p. 231 et note E. LANCKSWERDT, "De bevoegdheidsproblemen tussen de rechter in kort geding en de Raad van State opgelost? Het arrest van het Hof van Cassatie van 15 oktober 1993". *Add. Cass.*, 14 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, 41; *R.W.*, 1994-95, p. 90; *Arr. Cass.*, 1994, 44 et concl. conf. av. gén. D'HOORE; Cass. (ch. r.), 17 novembre 1994, deux arrêts, *Pas.*, 1994, I, 966 et concl. conf. av. gén. Janssens de Bisthoven; *J.T.*, 1995, p. 316 et obs. B. HAUBERT; *Journ. Procès*, 20 janvier 1995, p. 25 et obs. F. TULKENS, "Les arrêts du 17 novembre 1994 de la Cour de cassation, ou les difficultés des articles 144 et 145 de la Constitution"; *A.J.T.*, 1995-96, 117 et note M. BOES, "Over subjectieve rechten en (on)bevoegde rechtbanken". Ainsi que Cass., 26 janvier 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 944 et obs. P. H.; *R.W.*, 1993-94, p. 711 et concl. pr. av. gén. G. D'HOORE. Concernant l'objet véritable du recours et les limites imposées par l'article 144 de la Constitution à la compétence d'annulation du Conseil d'État : Cass. (ch. r.), 27 novembre 1952, deux arrêts, *Pas.*, 1953, I, 184 et concl. proc. gén. L. CORNIL, confirmés par Cass. (ch. r.), 2 juillet 1954, deux arrêts, *Pas.*, 1954, I, 955; Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, 513, avec concl. conf. proc. gén. Ganshof van der Meersch, alors pr. av. gén.; *J.T.*, 1966, p. 319 et concl. sous le titre "Conseil d'État et tribunaux"; Cass. (ch. r.), 27 novembre 1957, *Pas.*, 1958, I, 328; Cass. (ch. r.), 27 avril 1961, *Pas.*, 1961, I, 920.

⁷²⁴ Au demeurant, suspendre l'exécution d'un acte peut laisser faussement penser que l'on a commencé à la réaliser, alors que l'arrêt de suspension peut avoir pour effet d'empêcher provisoirement toute exécution. Comp. D. LAGASSE à propos des actes négatifs : "Le Conseil d'État peut-il suspendre un acte administratif négatif ?". *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1520 à 1522, ici p. 1520, obs. sous C.E., arrêts s.a. Compass et Salovic, respectivement n° 58.943 et 60.365, 28 mars et 21 juin 1996, pp. 1516 et 1518.

Dans les lignes qui suivent, le raisonnement est focalisé sur le caractère exécutoire renforcé de l'acte administratif. À l'instar de l'effet suspensif, l'institution doit en effet être envisagée sous cet angle uniquement. Il s'agit, pour rappel, de procéder par élimination des critères inadéquats dans ce cadre limité.

Or, à nouveau, la suspension de l'exécution d'un acte administratif⁷²⁵ ne présente aucun lien avec le privilège étudié dans la très grande majorité des cas. En effet, on a défini ce dernier comme emportant l'exécution forcée d'obligations administratives. Or, l'exécution visée par la suspension - l'exécution immédiate - concerne en pratique un registre bien plus large que celui du privilège, en particulier avec les autorisations administratives. L'exécution immédiate n'est pas nécessairement forcée^{726 727}. La remarque selon laquelle la suspension déroge au privilège lié à l'exécution forcée est donc démesurée. Elle concourt à laisser croire en un privilège général dans le chef de l'administration.

Même sans cette remarque, à la limite, l'association de la suspension avec le privilège n'est pas souhaitable dans la mesure où la procédure est spécifique au droit administratif. *A contrario*, elle peut en effet être perçue comme établissant le principe de l'exécution forcée préalable en matière administrative.

273. Une notion indépendante du privilège. Ce n'est pas tout et ce n'est pas le principal. Car la suspension - pas plus que la voie de fait - n'est en mesure de faire échec au privilège⁷²⁸ lorsqu'il est correctement utilisé, dans le respect de la légalité⁷²⁹.

⁷²⁵ En réalité la suspension de l'exécution d'une obligation administrative contenue dans un tel acte.

⁷²⁶ Mais elle peut l'être. On en trouve une illustration in C.E., Yarti, n° 43.471, 24 juin 1993, *Arr. R.v.St.*, 1993, sp; *Rev. dr. étr.*, 1994 (abrégé), p. 55, idr : est considérée comme susceptible d'occasionner un préjudice grave difficilement réparable "de dadelijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing" (l'exécution parée ou forcée immédiate).

⁷²⁷ La force exécutoire concernée par le sursis n'est pas uniquement celle donnant lieu, le cas échéant, à l'utilisation de la contrainte. La notion revêt un sens général et non celui du Code judiciaire. Ainsi, C. CAMBIER, notamment, voulait que l'on attribue au Conseil d'État le pouvoir de suspendre la "force exécutoire" de l'acte entrepris ("Le projet gouvernemental de réforme du Conseil d'État", *J.T.*, 1963, p. 397). À propos de la portée de l'intervention du juge en référé, le même auteur évoque un correctif apporté à la force exécutoire qui s'attache d'office à la décision administrative, cette force étant "aux fins de vérification, temporairement tenue en suspens pour empêcher qu'un droit ne soit, entretemps, irrémédiablement perdu" (C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 208). Dans le même sens : M.-A. FLAMME, *op. cit.*, *J.T.*, 1972, p. 421, n° 13.

L'embarras des auteurs est parfois perceptible au moment de conceptualiser le caractère exécutoire des actes administratifs. Selon C. HUBERLANT, par exemple, "Telle est la règle générale, qu'on exprime parfois en termes rigoureux par l'adage "Obéir d'abord; réclamer ensuite". Mais si, en certaines matières, cette règle générale s'impose de manière absolue ou ne peut souffrir que des exceptions très rares et très réduites, il est d'autres matières dans lesquelles il se justifie, au contraire, d'y admettre des dérogations plus larges" (*op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1975, p. 98).

⁷²⁸ Privilège lié à l'exécution forcée s'entend, l'exécution volontaire n'étant pas susceptible de constituer un privilège.

⁷²⁹ Ce qui, il faut l'espérer, représente en pratique la plus grande partie de l'activité administrative. L'organisation de voies de recours n'est donc pas un moyen de compenser l'inégalité qui caractérise les rapports administrés-administration (voy. pourtant P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 22), mais seulement d'assurer le règne effectif de la loi et de limiter l'arbitraire (*ibidem*); ce sont elles qui créent le privilège de fait. Il ne s'agit pas d'un correctif à la force exécutoire qui s'attache d'office à l'acte administratif (voy. pourtant C. CAMBIER,

En effet, seuls des motifs sérieux d'illégalité permettent au juge administratif de prononcer la suspension⁷³⁰. L'assertion dénoncée - la dérogation au privilège - ne correspond donc pas du tout à la réalité. Au contraire, elle contribue à tronquer celle-ci en insinuant un privilège général⁷³¹ dans le prolongement de la théorie du ministre-juge⁷³². La suspension permet seulement de maintenir l'exécution forcée administrative dans les strictes limites qui lui sont imposées. Son contentieux n'est qu'un moyen de contrôler l'action administrative, *notamment* lorsqu'elle est privilégiée.

Au demeurant, l'intervention du juge dans le cadre d'une suspension ne peut pas être confondue avec l'autorisation juridictionnelle de recourir à l'exécution forcée. Il ne s'agit en aucun cas d'un substitut, comme il est parfois donné de le comprendre en doctrine⁷³³. D'abord, le contrôle en suspension n'a pas pour effet d'autoriser le recours à la force si, d'aventure, il était négatif. Ensuite, le contrôle en lui-même est plus expéditif et moins approfondi que celui opéré par le juge du fond. Finalement, la suspension est provisoire, et l'absence de suspension aussi. En effet, l'annulation⁷³⁴ reste possible à la suite d'un examen plus approfondi.

274. Conséquence. En conséquence, il faut recentrer le privilège sur le "droit" à l'exécution forcée. Il s'agit d'écarter de sa définition les moyens de contester sa légalité. Car ces derniers

op. cit., T. I, 1961, p. 208). Et l'acte administratif qui, en vertu du privilège de l'exécution d'office, bénéficiait pour son exécution de l'appui éventuel de la force publique, ne pourra pas être privé de toute autorité jusqu'au jour où le juge du fond aura pu se prononcer (voy. pourtant A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 329). Néanmoins, un risque existe sur ce point, en cas d'apparences trompeuses d'illégalité.

⁷³⁰ Même à considérer le privilège du préalable comme emportant une présomption de légalité, ce que l'on réfutera plus loin, le contrôle du juge n'entraîne pas le renversement de la présomption qui est seulement effleurée en suspension, au bénéfice de l'apparence, et ce même si l'acte est privé d'effet utile. Dans ce sens : C.E., v.z.w. Vlaamse hogescholen van het lange type (VHOLT), n° 35.658, 16 octobre 1990, R.A.C.E., sp; *Pas.*, 1993, IV, 74. La suspension est considérée par le Conseil d'État comme une exception au principe selon lequel les justiciables sont tenus d'observer une décision administrative tant que le juge n'en a pas établi l'illégalité. Or, la suspension n'établit pas l'illégalité de la décision. Preuve que le privilège participe uniquement du contentieux. Avec la suspension, le verdict n'est pas rapproché. Le risque d'un préjudice grave et difficilement réparable est seulement évité. M. LEROY écrit dans ce sens que "le privilège du préalable subsiste" (*op. cit.*, 1996, p. 583) même si ultérieurement il considère que "l'acte conserve le bénéfice du privilège du préalable jusqu'à la notification de l'arrêt de suspension" (p. 622).

⁷³¹ Dans l'exposé des motifs déjà cité note 719, il est par exemple indiqué que, sans le contentieux de la suspension, les actes administratifs sont "directement exécutoires" jusqu'au moment de leur annulation effective (*doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 2). Les exemples donnés mettent sur le même pied le changement opéré dans le registre des électeurs (p. 3) et le caractère "immédiatement exécutoire d'arrêtés de renvoi ou d'expulsion" privant pratiquement l'étranger de toute possibilité d'action (p. 5).

⁷³² Sur ce point, voy. *supra*, n°s 205 et 209.

⁷³³ Rem. ainsi P. WIGNY, *op. cit.*, 1962, n° 210, p. 161, de manière représentative : "Les particuliers ne peuvent se faire justice. Il faut attendre que le juge ait dit le droit. Au contraire, une contestation n'arrêtera pas l'activité des services publics : il faut obéir d'abord et réclamer ensuite. C'est le privilège du préalable". De la sorte, l'auteur situe le débat sur deux plans différents. Suivent le renversement de la charge de l'action et de la preuve, et le caractère non suspensif de l'exécution. Mais si l'administré reste à défaut de s'exécuter ? Encore faut-il que l'administration dispose de l'exécution forcée pour vaincre sa résistance. La véritable question à se poser est donc celle de savoir comment dépasser la résistance.

⁷³⁴ Il en va de même devant le juge civil saisi en référé ou d'une demande de mesures provisoires précédant l'examen au fond : la réparation ou la privation d'effets restent possibles, et l'inverse aussi.

poussent au mélange des catégories. Ils incitent à confondre à la fois les forces de l'acte juridique et la nature des différentes interventions possibles du juge en matière administrative.

La seule exception est l'effet suspensif du recours lorsqu'il est automatique. Dans ce cas, l'exécution éventuelle est liée à la vérification préalable du juge, ce qui limite directement le pouvoir d'exécution forcée, le cas échéant.

Pour le reste, et pour utiliser une expression forte, ce ne sont pas les "voies de fait" que l'on étudie, mais bien les voies de droit liées à l'exécution forcée. Le système belge a permis d'en prendre conscience et de le mettre en évidence, sans doute parce que les référés judiciaire et administratif y coexistent. Fondamentalement, toutefois, des critiques comparables peuvent être formulées en France. Même si le référé judiciaire y est nettement moins développé en matière administrative.

275. La voie de fait en droit français. En France, en effet, les mêmes institutions sont abondamment mêlées aux privilèges. Leur rôle est toutefois ambigu, car elles servent tantôt à diminuer l'importance du privilège - mais indûment, comme il vient d'être relevé -, tantôt à souligner l'existence du privilège - tout aussi indûment, sauf à le considérer comme un privilège de fait, mais aujourd'hui dépassé -.

Ainsi, les auteurs ont d'abord insisté sur la possibilité de saisir le juge judiciaire en cas de voie de fait⁷³⁵, ce qui réduit d'autant les risques d'abus en cas d'exécution manifestement illégale⁷³⁶. En même temps, l'incompétence du juge des référés est notoire en matière administrative⁷³⁷, c'est-à-dire lorsque l'action n'est pas sortie de la sphère administrative⁷³⁸.

⁷³⁵ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 111 à 130; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 503 à 515, n° 362 à 370. L'institution est en conséquence largement "associée" au privilège dans les écrits français : R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 227; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 74bis, pp. 60 et 61; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 764, p. 526 et note 1; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 166 et 216 à 218; M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, p. 139; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 724, pp. 438 et 439; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 727, p. 425 et surtout n° 965, p. 554; R. CAPITANT, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 343; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 135; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 246; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 295, n° 697 et p. 355, n° 834; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 36; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 406; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 109; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 276, n° 718 et 719; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 160, p. 225; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Juriscasseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 4, n° 11; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, p. 22; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 407; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 326; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 38; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNEZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, p. 670, n° 980; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 66 et 67; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, pp. 324 et 325; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, pp. 66 et 67; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 191 et 192; R. CHAPUIS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, pp. 781 à 794, n°s 1087 à 1097; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 273. Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 51; C. LECLERCQ, "Le déclin de la voie de fait", *R.D.P.*, 1963, pp. 657 à 713, sp. p. 660; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19, à propos du droit français.

⁷³⁶ Pour autant qu'elle porte atteinte à un droit fondamental ou à une liberté publique.

⁷³⁷ Le juge des référés peut s'opposer aux mesures d'exécution forcée administrative dans tous les cas où l'administration doit être réputée agir dans les conditions d'un simple particulier, c'est-à-dire essentiellement dans trois cas : la gestion du domaine privé, la faute personnelle de l'agent et la voie de fait. Voy. R. CHINOT, *op.*

En France, la perte du privilège s'assimile en effet à un changement d'ordre de juridiction, c'est-à-dire, en d'autres termes, à la perte du privilège de juridiction⁷³⁹.

Le constat est très révélateur eu égard à la nature du privilège en droit français. Comme l'a relevé J. BOULOIS, l'inspiration profonde de la voie de fait est de "dépouiller complètement l'administration de toutes ses prérogatives et surtout de ses principaux privilèges à commencer par son privilège de juridiction"⁷⁴⁰.

À noter que le développement récent de procédures d'urgence devant le Conseil d'État français a naturellement conduit la doctrine à remettre en cause la voie de fait, dont le résultat est en quelque sorte de rendre incompétente la juridiction administrative pour réparer une voie de fait⁷⁴¹. La question est cependant discutée, tant le débat est symbolique et tant l'administré semble habitué à en référer au judiciaire dans les cas extrêmes. Il semble surtout que les procédures d'urgence ne permettent pas la même efficacité au contentieux administratif qu'au contentieux judiciaire⁷⁴². Les conditions d'accès sont en effet très différentes.

276. La suspension en droit français. Après la voie de fait, c'est le sursis à exécution qui est mêlé aux privilèges en France.

cit., 1945, pp. 143 à 153. Pour le reste, "le droit positif français consacre la règle du sursis à statuer et non celle de l'application provisionnelle" (G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, p. 351, n° 238; voy. aussi pp. 524 à 528, n° 375 à 377).

⁷³⁸ Encore récemment, le Tribunal des conflits a par exemple considéré que l'exécution forcée d'une mesure d'expulsion, dès lors qu'elle est autorisée par la loi, ne saurait constituer une voie de fait, même à la supposer illégale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (!) : T.C., 20 juin 1994, Madaci et Youbi, *Rec.*, p. 602.

⁷³⁹ Appliquée à la matière, il y a voie de fait "toutes les fois que l'administration, n'ayant pas le droit de se décerner son propre titre, agit sans titre juridique, ou encore lorsqu'elle substitue un titre administratif au titre judiciaire", sauf urgence et résistance où la voie de fait dépend de la non réunion des faits justificatifs de l'exécution d'office (R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 117).

⁷⁴⁰ J. BOULOIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 302, pour souligner la gravité de la voie de fait pour l'administration. Comp. F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 217 et 218 (ce qui constitue un risque en soi, le juge judiciaire disposant alors d'un "plein pouvoir injonctif" et d'astreinte); C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 36; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 236, p. 558, note 1 à propos du droit français. Voy. aussi R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 150 et les auteurs cités, et comp. p. 410 avec la théorie de l'inexistence répugnée par le droit administratif français lorsque le jeu de cette théorie permettrait aux administrés de se faire juges eux-mêmes de l'existence ou de l'inexistence, au mépris de l'autorité provisoire de chose jugée, du privilège du préalable, de la règle du caractère non suspensif des recours dirigés contre les actes administratifs.

⁷⁴¹ G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 194. Tout au plus le juge administratif constatera l'inexistence de l'acte et le déclarera nul et non avenu.

⁷⁴² R. ABRAHAM, "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", in *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, *op. cit.*, 1996, pp. 1 à 13. L'auteur ne croit pas à une volonté de reconquête du terrain administratif par les magistrats de l'ordre judiciaire. Mais il constate néanmoins une nette tendance à l'élargissement de la théorie de la voie de fait auprès du juge judiciaire, au moins en première instance, alors pourtant que le Tribunal des conflits se tient à une conception stricte, rigoureusement conforme à la définition classique de la notion et à ses propres précédents jurisprudentiels. L'auteur prend surtout la peine de préciser p. 12 que le particulier recherche avant tout le juge de l'urgence à travers le juge du référé civil. Or, il ne le trouve que dans l'ordre judiciaire.

Le sursis est traditionnellement signalé par les auteurs plus anciens comme étant à ce point extraordinaire devant le Conseil d'État qu'il permet de confirmer le caractère exécutoire de manière provisoire des actes administratifs⁷⁴³, "constante assez remarquable du droit administratif français"⁷⁴⁴.

À l'instar de l'absence d'effet suspensif, auquel il est de toute évidence intimement lié, il tend néanmoins à être associé - à tort, on vient de le montrer en droit belge - aux forces obligatoire et probante de l'acte, à travers le "deuxième" privilège⁷⁴⁵.

Une lente évolution s'est faite sentir en jurisprudence⁷⁴⁶, dont l'effet direct aura été de voir le sursis cité comme un tempérament au privilège⁷⁴⁷. Une évolution d'abord jurisprudentielle : dès

⁷⁴³ Dans le sens du sursis rarissime confortant le privilège : comp. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 350 et 351; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51, note 1; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, p. 21; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 132; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 87, 88 et 92; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 906, p. 537; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 597 (et p. 594). Comp. F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 565, n° 985. Add. M. TOURDIAS, *op. cit.*, 1957, p. 1; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, p. 19.

⁷⁴⁴ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 185 (impl.); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 206, p. 314. N° 296, pp. 417 et 418, l'auteur souhaite détacher la règle de l'absence d'effet suspensif du recours de la séparation des pouvoirs (ce qui serait aussi le cas de l'annulation) alors qu'elle en procède directement par méfiance du juge, même s'il est administratif. Dans ce sens : J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 152, p. 213.

⁷⁴⁵ Soit en guise de tempérament : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 215; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 131 (voire sa négation) et 132; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Juriclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 7; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 106 (une "opposition dialectique"); F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, p. 19; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 322; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 24 et 364; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, pp. 325 et 326; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 97, p. 92; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, pp. 329 et 330; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1021, p. 724; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 661 (impl.). Add. G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, pp. 1501, 1510 et 1513 et note 64 (d'autant plus fort qu'une procédure spéciale de sursis existe en ce qui concerne les actes locaux). Soit comme confirmant le privilège compte tenu des conditions strictes posées par la jurisprudence à son obtention : M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 132; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 346, p. 487; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 87, 88 et 92; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 107; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 151, pp. 212 et 213; G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, note 20; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 255; comp. R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1021, p. 724.

⁷⁴⁶ Voy. en rapport avec le privilège : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 131 à 153 (l'auteur constate p. 142 que la jurisprudence du sursis s'oriente de plus en plus vers le contrôle de l'opportunité); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 383 à 411, n° 265 à 288.

⁷⁴⁷ Au privilège lié à l'exécution forcée : M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 10, 232 et 233; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 980, pp. 562 et 563, ainsi que pp. 564 et 565, n° 983 à 985; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, pp. 270, 596 et 602. Au privilège ou principe de l'exécution provisionnelle pour J. BOULOIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 302; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 368; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, pp. 61 et 68; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 2^e éd., 1988, pp. 401 à 405; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, p. 19. Add. la note ci-dessus, et sp. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 137, mentionnant la formule jurisprudentielle selon laquelle il y a "des raisons de faire fléchir le principe d'exécution d'office". Au moins sur le plan théorique, car le sursis demeure assez rare en pratique, selon G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 411, n° 288.

1945, R. CHINOT^{748 749} indique que les conditions requises pour que le sursis puisse être accordé sont devenues moins rigoureuses. En même temps, l'auteur dénonce toutefois le peu d'engouement des plaideurs face à la tradition⁷⁵⁰. En pratique, malgré ce relatif assouplissement, le sursis reste accordé de manière très restrictive.

L'évolution est aussi législative⁷⁵¹, mais sans grands fracas⁷⁵² jusqu'il y a peu où, notamment par la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation et à la procédure juridictionnelles, le législateur français a finalement rétabli la suspension provisoire d'exécution⁷⁵³ - seulement pour

748 R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 131 à 142. Deux conditions se dégagent clairement depuis le début : des motifs sérieux ainsi qu'un préjudice certain et assez considérable pour le requérant (au départ irréparable selon la formule d'E. LAFERRIÈRE). Il s'agit de critères jurisprudentiels et non légaux.

749 Il est suivi par d'autres, en particulier G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 396 à 411, n° 277 à 288; J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 302; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, pp. 329 à 337. *Contra* : R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 96 et s. L'importance de l'évolution est toute relative.

750 R. CHINOT relève à l'époque que la culture du sursis, comme celle du recours, n'est pas encore passée dans la population. Des particuliers toujours plus nombreux négligent d'intenter des recours parce que, "ignorant les possibilités de sursis, ils pensent n'obtenir que des résultats excessivement tardifs et assez platoniques" (*op. cit.*, 1945, p. 142). Or, toujours selon l'auteur, l'extension pratique du sursis comme du référé judiciaire en matière administrative dépend précisément de leurs initiatives. Voy. aussi F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 565, n° 985, de même que G. DUPUIS, allant même jusqu'à mettre l'inactivité des plaideurs sur le compte de "la vogue des théories inspirées par le Doyen HAURIOU (qui) a répandu parmi les praticiens du droit cette idée que rien ne saurait empêcher l'administration de passer à l'exécution provisionnelle de ses décisions" (*op. cit.*, T. II, 1962, n° 286, p. 409, *ad idem* en ce qui concerne la voie de fait : p. 429, n° 309).

751 Encouragée par le Conseil constitutionnel français qui considère l'existence d'une possibilité de surseoir à l'exécution d'une décision administrative non juridictionnelle comme une garantie essentielle des droits de la défense dont la protection est un principe constitutionnel s'imposant à la loi (décision 86-224 DC du 23 janvier 1987). La Convention européenne des droits de l'homme ne va pas dans un sens différent.

752 Du moins jusqu'en 1953. Il faut dire que le Conseil d'État disposait de la faculté d'accorder le sursis à exécution depuis 1806, à travers l'article 3 du décret-loi du 22 juillet 1806 déjà évoqué à l'époque précédente. La disposition est d'abord consacrée par l'article 24 de la loi du 24 mai 1872. Vient ensuite la loi du 18 décembre 1940 qui reprend le même système en assouplissant toutefois une pratique jurisprudentielle qui requerrait une décision prise en assemblée plénière : elle n'est plus nécessaire, mais peut être décidée; à défaut, une décision prise en section du contentieux suffit. On peut y voir une première "normalisation" de l'institution. Succèdent alors l'ordonnance du 31 juillet 1945 (article 48) et le décret du 30 septembre 1953 (créant les tribunaux administratifs et leur attribuant un pouvoir comparable que les anciens conseils de préfecture ne possédaient pas, en revanche) qui va jusqu'à exclure le sursis en matière de maintien de l'ordre, de sécurité et de tranquillité publiques (à laquelle l'expulsion d'un étranger est par exemple assimilée) (rappelé en 1969, mais progressivement abandonné par la suite); ensuite le décret n° 63-766 du 30 juillet 1963, article 54, modifié par décret le 26 août 1975 et le 29 août 1984. Il n'est pas possible d'entrer dans le détail des régimes spéciaux élaborés par le législateur par la suite, car ils sont relativement nombreux. Ils illustrent l'extrême diversification du régime procédural applicable devant les juridictions administratives. Il est seulement permis d'indiquer le contexte dans lequel cette réforme est intervenue. Celui de la loi du 31 décembre 1987, complétée par celle du 8 février 1995. Elle est à l'origine des cours administratives exerçant une compétence générale d'appel, le Conseil d'État étant spécialisé dans un rôle de cassation spécifique. Actuellement, le sursis est organisé par l'article 96 du Code des tribunaux administratifs et l'article 54 du décret du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État.

753 En droit français, sauf procédures spécifiques (nombreuses), le sursis à exécution doit en effet être distingué à la fois du référé et de la suspension provisoire. Il s'agit d'une procédure particulière et distincte des deux autres. Le référé est une procédure permettant à une partie de demander au juge une mesure provisoire destinée à sauvegarder ses intérêts sinon irrémédiablement compromis. Il a été introduit devant le Conseil d'État par une ordonnance du 31 juillet 1945 au profit du président de la section contentieuse et devant les tribunaux administratifs par le décret du 10 avril 1959 (*add.* le constat d'urgence (1889 - 1959), le référé-provision ou référé-

trois mois, mais précédant éventuellement le sursis "de droit commun" - dans le chef des tribunaux administratifs et des cours administratives. Il a répondu de la sorte à des vœux loin d'être isolés⁷⁵⁴. Parallèlement, il a reconnu de manière explicite un pouvoir d'injonction au juge administratif lui permettant de prescrire à l'administration de prendre les mesures que l'annulation de l'acte impose nécessairement.

Bref, la raison de "douter un peu plus de l'existence du fameux privilège du préalable"⁷⁵⁵ (l'exécution d'office) s'est de la sorte renforcée en doctrine. Pourtant, il ne s'agit pas d'une dérogation au privilège. Le moyen de contestation permet seulement de renverser le raccourci auparavant emprunté selon lequel tout est permis à l'administration pourvu que cela précède le contrôle du juge.

277. La résistance légitime aux actes illégaux. Il reste alors à signaler la résistance aux actes illégaux de l'autorité, malgré qu'elle soit surtout étudiée en droit pénal⁷⁵⁶.

En effet, la résistance est parfois renseignée comme une dérogation au privilège du préalable⁷⁵⁷, en France⁷⁵⁸ comme en Belgique^{759 760}.

expertise (1988) et le référé-précontractuel (1992-1993)). Cependant, il ne peut pas conduire à la suspension de l'activité de l'administration, sous peine d'irrecevabilité manifeste. Il est limité par exemple à la constatation (provisoire) de situations. La procédure de sursis, quant à elle, traitée en extrême urgence, est l'annexe d'un recours principal. Entretemps, la suspension provisoire (1995) peut être demandée et prononcée par le président du tribunal, pour une durée limitée à trois mois et aux mêmes conditions que le sursis, devant lui permettre de prendre ensuite le relais, même si la procédure de sursis est évaluée à six mois (par J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 661).

754 Déjà dans ce sens : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 185.

755 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, p. 411, n° 288. Pour l'auteur, il s'agit d'une simple règle de procédure.

756 Des peines sont en effet prévues pour sanctionner tantôt l'agent abusant de son autorité, tantôt le particulier ayant résisté par la force.

757 La résistance du fonctionnaire lui-même doit être exceptée de la perspective retenue qui repose surtout sur l'hypothèse de la résistance du particulier. Mais il ne faut pas négliger, à d'autres endroits, l'obligation existant dans le chef du fonctionnaire d'obéir à un ordre reçu, en l'occurrence celui d'exécuter.

758 R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 172 (pp. 155 à 179); L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 79, pp. 63 et 64; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 60 (impl.); M. LEFÈBURE, *op. cit.*, 1961, p. 138; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 237, p. 350, n° 241, p. 355 et p. 383, n° 265 (pp. 316 à 355, n° 209 à 241) (conçu comme le privilège de l'exécution provisionnelle); R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 87 et 121; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 405 (conçu comme le privilège de l'exécution provisionnelle); R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1351, p. 1055 (impl., le privilège étant conçu comme un pouvoir de décision unilatérale). Comp. J. BOULOUIS, "L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Travaux, T. XIV, Paris, Dalloz, 1965 (1961-62), p. 775 : "l'inexistence ne concerne pas seulement la validité de l'acte - ce qui est le cas de la nullité - elle affecte sa nature en tant qu'acte de caractère administratif, c'est-à-dire susceptible d'exécution d'office et justiciable d'un juge particulier".

759 P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 188, p. 147; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 11 et note 1 (liée à l'inexistence de l'acte); I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, pp. 33 et 34, n° 85 et 86 et n° 124, pp. 48 et 49 (lorsque l'acte peut être considéré comme inexistant). *Add.* J. VERHAEGEN, *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 281 ("un premier pas vers l'abandon du privilège du préalable"), pp. 66, note 28, 78, 276 et 277, ainsi que 449 (privilège du préalable, de l'obéissance préalable, de l'action d'office, autorité de chose décidée); B. LOMBAERT, "Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique", *J.T.*, 1998, p. 270, note 49. Sur le sujet en droit belge, voy. encore

Il faut reconnaître qu'elle est l'antonyme de l'obéissance. Elle consiste, lorsqu'elle est tolérée par le juge *a posteriori*, dans la résistance active (agressive ou défensive) à l'action de l'autorité. Elle revient à ériger le particulier en "défenseur de l'ordre juridique"⁷⁶¹.

On retiendra surtout son caractère principalement jurisprudentiel, au-delà de textes laconiques, de même que les conditions très strictes posées à son acceptation, qui plus est toujours aux risques et périls du résistant dans l'appréciation qu'il fait des circonstances pour se prévaloir de "l'exception d'illégalité".

Le système mis au point par la jurisprudence est très nuancé, notamment à travers une graduation des peines sur base de critères relativement objectifs. La nuance est en tout cas plus grande que le constat auquel on est contraint de se limiter : seuls les cas d'illégalité manifeste justifient en pratique la résistance active du particulier à l'action administrative. En conséquence, à l'instar de la voie de fait et du sursis à exécution, la notion dépasse l'hypothèse de l'exécution forcée. De plus, elle ne doit pas permettre, en principe, d'empêcher une exécution d'office parfaitement légale.

Cela dit, la résistance passive, si elle n'est jamais susceptible de constituer une rébellion, est en revanche nécessaire pour recourir à l'exécution d'office dont elle constitue une des conditions posées en jurisprudence.

P. DUSSARD-BRACKENIERS, "La résistance individuelle aux actes illégaux de l'autorité", *R.R.D.*, 1983, pp. 107 à 125. Comp., sans mentionner le privilège : J.P. Bruxelles, 29 novembre 1880, *Pas.*, 1881, III, 111 et note; B.J., 1881, col. 334 (renseigné 27 novembre) et mention d'un appel; BELTJENS, *Encyclopédie du code de procédure civile*, w. 25 mars 1876, art. 4, n° 42-43; Bruxelles, 18 janvier 1984, *Rev. dr. pénal*, 1984, p. 602 et le lien avec la présomption en dehors de l'illégalité manifeste.

⁷⁶⁰ Comp. P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21 en ce qui concerne l'acte inexistant. Rapidement, la théorie de l'acte inexistant est tombée en désuétude en droit administratif belge. Voy. toutefois son évocation en guise d'exception au principe de l'obéissance préalable, comparable à la suspension, dans C.E., v.z.w. Vlaamse hogescholen van het lange type (VHOLT), n° 35.658, 16 octobre 1990, *R.A.C.E.*, sp; *Pas.*, 1993, IV, 74. Voy. surtout P. WIGNY : l'acte inexistant ne bénéficierait pas du privilège du préalable dès lors que les particuliers peuvent s'y opposer "avant tout jugement". Or, "Tant qu'il n'y a pas intervention judiciaire, l'administré doit obéir" (*op. cit.*, 1962, n° 200, p. 154). Au n° 201, p. 155, l'auteur attire l'attention sur l'utilité réduite de cette théorie contraire à la "stabilité juridique", en pratique limitée aux hypothèses dans lesquelles les délais d'annulation sont épuisés. Voy. aussi P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 37 à 48, sp. pp. 37, 42, 48 et le problème de "l'existence provisoire" de l'acte irrégulier : son inexistence ne peut être établie officiellement et *erga omnes* qu'*a posteriori*, par arrêt ou retrait; aussi le privilège de l'exécution préalable n'abandonne-t-il pas immédiatement l'acte illégal; l'acte unilatéral "fait titre, ne serait-ce que provisoirement, même s'il recèle des irrégularités" (p. 48, idr). *Add.* A. MAST, "L'annulabilité, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit public belge", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, T. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 824 (au privilège du préalable, présomption); J. BORRET, avis préc. C.E., De Ridder, n° 10.372, 30 mai 1980, *T.B.P.*, 1981, p. 251 et commentaire P. BERCKX; D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 290, p. 478 (impl.), encore que, selon l'auteur, la théorie ne présente un intérêt en droit belge que concernant le retrait des actes administratifs définitifs, permettant de dénier un autre privilège que celui de l'exécution préalable, celui "de soustraire au contrôle juridictionnel une décision".

⁷⁶¹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 156, même si p. 175 l'auteur insiste sur ce que le résistant ne juge pas de la légalité, mais de la légitimité de sa résistance et de l'action administrative. L'auteur rapproche directement la résistance de la voie de fait, car "quand l'agent public agit en dehors de ses fonctions ou sans aucun titre justifiant son action, ce qui est au fond l'hypothèse de la voie de fait, il n'est plus qu'un simple particulier et la résistance qu'on lui oppose ne constitue pas une rébellion" (p. 170). En pratique, la résistance trouve son domaine de prédilection dans les cas d'exécution la plus immédiate, lorsque l'intentement d'une voie de recours est matériellement impossible.

Enfin, la résistance n'est pas une solution en soi dans un État de droit. Elle permet seulement au juge de voler au secours de l'opprimé. Elle n'est qu'un "pis-aller empirique de régularité encore plus douteuse que l'exécution forcée administrative"⁷⁶². Les voies juridictionnelles doivent lui être préférées. Le référé administratif est une de ces voies⁷⁶³.

ac. Les principaux enseignements

278. La nécessité d'un tri. S'il fallait tirer des premières conclusions de l'analyse qui précède en ce qui concerne les éléments de définition liés à la force exécutoire de l'acte juridique, avant d'emboîter le pas avec les forces obligatoire et probante, on peut d'ores et déjà indiquer la nécessité de faire le tri parmi les éléments traditionnellement avancés par la doctrine pour définir (principalement) le privilège de l'exécution d'office.

Le noyau du privilège est l'exécution forcée sans l'autorisation préalable du juge. Mais au lieu d'aborder la question en droit, divers éléments et institutions lui sont généralement associés en doctrine.

Or, ces éléments et institutions véhiculent souvent des catégories différentes. Ils incitent de la sorte à confondre à la fois les forces de l'acte juridique et la nature des différentes interventions possibles du juge en matière administrative. Compte tenu de champs d'application fort différents, ils donnent surtout l'illusion d'un privilège général lié à l'exécution forcée.

Les éléments concernés donnent abusivement l'impression que le juge n'est pas en mesure d'intervenir préalablement à l'exécution pour censurer les éventuelles illégalités. Tout serait donc permis à l'administration, pourvu qu'elle paye *a posteriori*.

Telle était bien la réalité contentieuse en France jusqu'il n'y a pas si longtemps encore, et surtout en Belgique dans un premier temps. Le contentieux a toutefois évolué depuis, en particulier avec l'apparition des référés. Néanmoins, malgré l'évolution, les mêmes éléments continuent souvent à "définir" le privilège en doctrine. Désormais, ils doivent être abandonnés (sauf exception). Il s'agit de l'adage "Obéir d'abord, quitte à réclamer ensuite" et de l'intervention du juge *a posteriori*. Quant à l'exécution à ses risques et périls, elle n'établit aucune dérogation par rapport au droit commun.

⁷⁶² R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 184. À noter sous cet angle la référence par J. VERHAEGEN (*op. cit.*, 1969, p. 67) avec PHILONENKO (S., 1951, II, 197) à une "faveur" inspirée d'un culte de la puissance publique, une raison "qui modifie, en inspirant soit la législation, soit la coutume, soit l'œuvre jurisprudentielle, le jeu ordinaire des règles de droit commun, tant en considération du caractère propre aux sujets des divers rapports de droit, qu'en égard aux institutions prises en elles-mêmes". Quant à C. CAMBIER, il considère la résistance, au même titre que la grève, comme un moyen privé d'action unilatérale, sorte de pendant au privilège dans le chef des particuliers (*op. cit.*, T. I, 1974, pp. 148 et 149). Il est exact que l'administré s'érige alors en juge de la régularité de l'acte administratif (M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 11). Mais faut-il nécessairement lui retirer tout esprit critique ?

⁷⁶³ Il est d'ailleurs souvent présenté comme un moyen de "résistance" contre l'illégalité. Comp. C. CAMBIER, obs. préc. Liège, 18 décembre 1956, *J.T.*, 1958, p. 148.

Les institutions mêlées aux privilèges, pour leur part, débordent largement l'exécution forcée. De plus, elles visent à remédier aux illégalités commises par l'administration. Or, tel n'est pas le débat de l'exécution d'office qui, jusqu'à preuve du contraire, est une question et une voie de droit. Il faut en effet distinguer la question de fond (dans quelles conditions l'exécution forcée sans l'autorisation du juge est autorisée) du problème des moyens de contrôle ou de sanction (comment remédier aux illégalités, de préférence avant l'exécution forcée, pour assurer au maximum le respect de ces conditions).

En conséquence, il convient de recentrer le privilège sur le "droit" à l'exécution forcée. Il s'agit d'écarter de sa définition les moyens de contester sa légalité. Sont visés la voie de fait, le sursis à exécution ou la suspension, de même que la résistance légitime aux actes illégaux. Quant à l'absence d'effet suspensif du recours, elle ne permet pas de conclure à l'existence d'un réel privilège. Tel n'est pas non plus le cas du caractère exécutoire au sens large⁷⁶⁴ des actes administratifs. Car le propre de l'acte juridique, en général et sauf exception, est précisément de recevoir une exécution.

En somme, le privilège de droit est appelé à sortir du lot pour devenir l'objet principal de l'étude à l'avenir⁷⁶⁵. L'analyse des privilèges en droit belge a permis de s'en rendre compte de manière toute particulière. Mais tel est le fruit, plus fondamentalement, de l'évolution impressionnante des contentieux en l'espace d'un siècle.

279. Les racines des privilèges. Il reste alors à prendre conscience de l'origine de la mention des institutions - aujourd'hui évincées - en rapport avec le privilège, de manière à mieux les "combattre". La plupart d'entre elles trouvent leur source dans l'ancienne théorie du ministre-juge. Tel est le cas du sursis à exécution ou de la suspension, de l'absence d'effet suspensif et du caractère exécutoire de manière provisoire de l'acte administratif, voire même de l'adage rappelé ci-dessus, à travers le terme "réclamation", et en tout cas du principe de l'exécution à ses risques et périls.

Tous ces éléments permettent de confirmer que la formulation actuelle des privilèges reste largement empreinte de la doctrine de M. HAURIOU. En même temps, leur disparition programmée s'en trouve justifiée. Car, aujourd'hui, l'acte administratif n'est plus assimilé à une décision de justice. Il doit donc être comparé avec l'acte privé, surtout aux fins d'identifier un privilège au sens propre du terme.

Cela dit, la découverte des racines des privilèges doit inciter à la prudence pour l'avenir. Elle montre qu'il ne faut pas sous-estimer la portée théorique des anciennes représentations en vigueur au dix-neuvième siècle.

En effet, c'est avec raison, en définitive, que R. CHINOT affirmait en 1945, mais furtivement et sans preuve, que le privilège de l'exécution d'office était "une survivance surannée du

⁷⁶⁴ C'est-à-dire indéterminé.

⁷⁶⁵ Cela ne signifie pas que la question de droit ait été ignorée par les juges, les auteurs ou même les législateurs. En doctrine, toutefois, la question a été partiellement occultée par un contentieux propice au privilège de fait.

système de l'administrateur juge" qui aurait dû disparaître en même temps que l'arrêt "Cadot", au moins avec les arrêts rendus à propos de l'exécution forcée administrative⁷⁶⁶. "(...) le privilège n'existe plus en tant que tel aujourd'hui, (...) il a dû disparaître effectivement vers la fin du dix-neuvième siècle", en même temps qu'une large irresponsabilité de l'État conçu comme une personne supérieure⁷⁶⁷.

Un homme, M. HAURIOU, devait toutefois brouiller les cartes en se raccrochant démesurément au passé pour formuler une théorie générale de droit administratif. M. ROUSSET écrit de lui, au sujet du privilège, qu' "Il a plaqué sur l'acte administratif l'idée de force exécutoire empruntée à l'acte juridictionnel, dans le seul but de donner une justification à la thèse qu'il défendait"⁷⁶⁸.

Aujourd'hui, on est en mesure de remarquer que la résurgence de l'ancienne théorie ne se limite pas à la force exécutoire de l'acte administratif. En réalité, la plupart des éléments qui accompagnent la force exécutoire dans les précis actuels, comme pour l'attester, trouvent leur source dans l'ancienne comparaison autorisée par cette théorie, à savoir la comparaison entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel⁷⁶⁹.

Le plus extraordinaire est évidemment de voir subsister ces résurgences à travers les privilèges durant l'ensemble du vingtième siècle en doctrine, même si c'est en théorie.

De toute évidence, les principes fondamentaux de l'action administrative réclament aujourd'hui une présentation différente dans les ouvrages généraux. Surtout en droit belge où les référés judiciaire et administratif consacrent "l'intrusion du juge des référés dans le cours de la vie administrative" au point d'y engendrer "une modification fondamentale des rapports entre l'administration et la juridiction" - auxquelles il faut ajouter l'administré⁷⁷⁰ -, de même qu'un changement "du tout au tout (dans) la portée de son action, le contexte de sa décision et le poids de sa responsabilité"⁷⁷¹.

⁷⁶⁶ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 68 et 69.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 72.

⁷⁶⁸ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 85. En réalité, il a plutôt voulu la maintenir.

⁷⁶⁹ Au demeurant, la comparaison est persistante en doctrine. Comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, not. pp. 122 et 142. L'auteur compare la force exécutoire des actes juridictionnels et administratifs dans le sens de la ressemblance, la "majorité des privatistes" tenant la force exécutoire *sensu stricto* pour "un attribut commun à l'acte juridictionnel et à l'acte administratif" (p. 142, note 430). Rem. pourtant G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 321 : l'autorité de l'acte administratif est moins forte que celle du jugement, notamment parce que l'exécution forcée administrative est soumise à des conditions limitatives, tandis que celle du jugement est de droit.

⁷⁷⁰ Derrière la juridiction, c'est avant tout l'administré qui se profile.

⁷⁷¹ M. LEROY, in *La République des juges*, *op. cit.*, 1997, p. 23 : "quand bien même celle-ci, faute de sanction juridique, ne se situerait-elle que sur le plan moral".

b. La force probante

280. Introduction. La contingence et le déterminisme du système administratif français ne s'expriment pas seulement à travers la force exécutoire de l'acte administratif et le privilège né en son sein. Elle se manifeste également à travers les deux autres forces qui sont à la base du second privilège ou, du moins, sont présentées comme telles⁷⁷².

À l'instar de ce que l'on connaît à propos de la force exécutoire, il semble en effet que l'on prête à l'acte administratif l'illusion de vertus notamment probatoires, élevées au rang de principe, alors qu'elles trouvent simplement leur source dans l'organisation du contentieux. La conséquence ultérieure en est que l'évolution du contentieux est ressentie comme une dérogation à un principe pourtant non formulé expressément en termes juridiques⁷⁷³, et donc inexistant.

Tel est le cas du principe selon lequel l'acte administratif bénéficie d'une présomption de légalité particulière. Le "privilège" qui en découle procède d'une description littérale du contentieux et de son déroulement. Il est directement battu en brèche par deux institutions déjà mentionnées, le sursis à exécution et la voie de fait. La présomption de légalité est d'autant moins significative qu'elle peut être plus facilement renversée et que le contrôle est approfondi.

281. Les éléments concernés. Plusieurs éléments liés à la force probante de l'acte administratif sont régulièrement associés aux privilèges, sans que la relation avec cette force soit toujours soulignée. Il est généralement soutenu qu'un renversement de la charge de la preuve⁷⁷⁴ et⁷⁷⁵/ou de l'action⁷⁷⁶ serait provoqué par l'adoption de l'acte : le particulier serait

⁷⁷² L'absence d'effet suspensif, en particulier, est présentée comme étant liée à la force obligatoire de l'acte, alors qu'elle est de toute évidence relative à sa force exécutoire au sens large. Voy. *supra*, n° 261.

⁷⁷³ Le problème avec ce genre de principe est qu'il en vient rapidement à justifier une situation de fait, une sorte de droit acquis qui est alors un frein aux évolutions progressistes. Rem. à cet égard P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 66, p. 87, idr : "Le privilège du préalable écarte tout obstacle juridique. Certes les objections de droit doivent souvent être prises en considération et finiront par triompher (si un contentieux est organisé). Mais les contestations ne peuvent être de simples mesures dilatoires : il faut obéir d'abord et réclamer ensuite". De cette manière, la présomption acquiert en définitive un statut comparable à celui du principe de la séparation des pouvoirs.

⁷⁷⁴ En droit français : J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 325, p. 457; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 641, p. 423 (impl.). En droit belge : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 105, p. 79; M. l'av. gén. J.-M. PIET, concl. préc. Cass., 20 janvier 1994, *Entr. dr.*, 1995, p. 97. Add. K. BAERT, *op. cit.*, T.B.P., 1983, p. 112, n° 2. *Contra* : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250, note 2; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 318 et 319; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 10.

⁷⁷⁵ Comp. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 352 et 374, note 2. En droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 61; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 86; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 23, p. 18 (dont l'auteur déduit "une certaine situation d'infériorité"); R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 306; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 80 à 85; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 7 (impl.); G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. II, 1992, pp. 201 à 205; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97. En droit belge : A.

inexorablement demandeur. Une présomption de légalité^{777 778 779} protégerait l'acte administratif jusqu'à son annulation. Certes, elle peut être renversée - elle est réfragable -, mais uniquement dans les conditions et selon les recours organisés.

VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 221, p. 307. Add. M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82; S.L.C.E., *op. cit.*, *doc. parl.*, Conseil de la Communauté française, s.o. 1995-1996, n° 96/40, p. 2, cité *supra*, note 255, note 646, en matière d'amendes administratives.

⁷⁷⁶ En droit français : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 232 et 234; R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225 (l' "effet final" des deux privilèges : l' "inversion" des rôles); L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, p. 390, n° 452; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 151, p. 212; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180 (impl.); C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270. En droit belge : A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 318; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 127; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 10; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 8, p. 7 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 8, p. 7 (impl.); P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99 (impl. car on parle de privilège). Add. durant la période précédente en droit français : F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 130, p. 138; surtout L. CAVARRÉ, *op. cit.*, 1920, not. pp. 3 et 4, dont l'exception du recours au juge par l'administration est précisément le sujet.

⁷⁷⁷ L'expression présomption de vérité légale est également rencontrée. Les termes présomption et vérité sont cependant contradictoires, même si la vérité est qualifiée de légale. Aussi préfère-t-on utiliser les expressions "présomption de légalité", "de validité" ou encore "de conformité au droit".

⁷⁷⁸ Comp. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 356, suite de la note 2 : une présomption de vérité suffisante pour justifier la procédure exécutive. En droit français : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 18; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 33 et 35; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 61; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 77 et 78 (elle paraît tomber du ciel chez l'auteur); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 84 et 86; M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 137; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 62, p. 77 : "leur non-validité ne se présume pas" et n° 325, p. 456; J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 302; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969 (la présomption est au cœur de l'ouvrage comme des privilèges); M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 36; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391; A. DEMICHELE, *op. cit.*, 1978, p. 84; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 152, p. 214; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 5 à 7; G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1493; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 37; G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, note 20; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 16; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 325; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449 et n° 1351, p. 1054; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 269. Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 50. Comp. G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 2^e éd., 1988, pp. 50 et 69, à propos du privilège du préalable ou de l'exécution provisionnelle.

⁷⁷⁹ En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, pp. 32 et 33; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 201, p. 154; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345 et n° 378, p. 349; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 318; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 126; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 9 et n° 261, p. 645 et note 1; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 7, n° 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 7, n° 8, sans oublier n° 2, p. 5 : "une autorité spéciale"; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 365; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 98; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 6, p. 3 et p. 32, n° 83; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21 (impl.). Add. l'exposé des motifs du projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 2; B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 247; K. BAERT, *op. cit.*, T.B.P., 1983, p. 112, n° 2; M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82; E. LANCKSWERDT, *op. cit.*, 1993, p. 9, n° 7; S.L.C.E., avis cité ci-dessus, note 776, et la présomption d'innocence en matière de sanctions administratives.

Le lien étroit entre la présomption et les voies de recours organisées a déjà été mis à jour⁷⁸⁰. Il s'agit plus d'une présomption de système que d'une présomption de droit au sens de l'attribut juridique bien caractérisé⁷⁸¹. "En droit positif, écrit G. DUPUIS, le problème ne se pose même pas en dehors du contentieux"⁷⁸².

282. Un privilège fait de présomption. Il arrive que la présomption de légalité des actes administratifs soit identifiée comme un privilège en tant que tel⁷⁸³, parfois même comme le noyau dur du privilège du préalable⁷⁸⁴, jusqu'à la confusion⁷⁸⁵.

780 Voy. *supra*, sp. n° 169 et s., 195 et 223. En droit français : G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 135, pp. 209 à 211; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 367; et comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 44 : "l'autorité de fait des actes administratifs". À vrai dire, le lien saute aux yeux à la lecture de la plupart des auteurs.

781 Tenir pour vraie une affirmation jusqu'à preuve du contraire.

782 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 212, n° 138. "Les normes qui constituent l'ordre juridique régissent par définition la conduite de leur sujet et en dehors des litiges, la question de leur régularité est rigoureusement sans intérêt".

783 L'impression en est toutefois donnée, comme chez J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclassseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 5 à 7, où le "principe de présomption de légalité" (il s'agit d'un titre) figure parmi les privilèges reconnus à l'administration. À y regarder de plus près, cependant, le privilège figure parmi les "privilèges dans l'exécution des actes administratifs". Et l'exécution visée n'est au demeurant conçue comme étant forcée que de manière exceptionnelle. L'obligation "exécutoire par provision" implique en effet que les autorités comme les administrés "doivent accomplir spontanément les obligations qu'elle contient". La proximité de l'exécution spontanée et de la force obligatoire est donc bien mise en évidence. Mais il ne semble pas qu'elle emporte l'existence d'un privilège par rapport au droit commun. Pour C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, pp. 269 et 270, la force probante (également appelée l'autorité de chose décidée) est l'une des composantes de la force juridique des décisions exécutoires, au même titre que le privilège du préalable et l'exécution forcée. Pour C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291, le privilège du préalable consiste très précisément dans la présomption de légalité de laquelle résulte la décision exécutoire. Comp. aussi l'expression de F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 153 : le privilège du préalable ou "privilège de présomption de légalité", en réalité aggloméré.

784 Voir le privilège du préalable lui-même. En droit belge : A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 318; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 7, n° 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 7, n° 8; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 365; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, pp. 32 à 34, n° 83 à 86. Add. E. LANCKSWEERT, *op. cit.*, 1993, p. 9, n° 7. En droit français : pour J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97, la présomption de légalité, dont le bénéfice est assimilé au privilège du préalable, a pour conséquence principale la force obligatoire immédiate de l'acte unilatéral. Mais il reste que l'"On désigne en général par *privilège du préalable* la situation ainsi faite à l'administration du fait de l'autorité qui s'attache à sa décision *préalablement* à toute vérification par le juge" (l'autorité de chose décidée). Forces probante et obligatoire sont intimement mêlées. Mais une fois encore, un privilège comme tel est difficilement perceptible par rapport au droit commun, par la disparition de la création habituelle de droit sans le consentement des intéressés. Voy. aussi R. CAPITANT, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 343; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 56 et s.; G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1497.

785 Elle est parfois volontaire. M. ROUSSET, par exemple, déclare préférer l'expression présomption de légalité (pour sa neutralité) au caractère obligatoire de l'acte qui, selon lui, évoque l'acte impératif qui n'est que l'un des actes unilatéraux possibles. L'expression signifie alors que "l'acte produit temporairement un effet juridique" et marquerait bien les limites du "privilège" administratif (*op. cit.*, 1960, p. 86). Voy. aussi l'identité soutenue entre le privilège et la présomption : K. BAERT, *op. cit.*, T.B.P., 1983, p. 112, n° 2 (tout de même liée au caractère exécutoire, mais érigé au rang de principe p. 117, n° 14); D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 281, p. 463, et n° 284 et 286, pp. 468 et 471 (et note 76) : à l'endroit du privilège ou principe de l'exécution préalable, du préalable ou de la décision exécutoire (même si pp. 470 et 471, le privilège est indirectement

On trouve ce dernier point de vue notamment en législation⁷⁸⁶ ou dans la jurisprudence belge⁷⁸⁷.

Le plus souvent, cependant, la présomption est un élément de définition joint à l'un des privilèges⁷⁸⁸.

283. Des éléments à démêler. La présomption est logiquement rapprochée du renversement prétendu de la charge de la preuve ou de l'action, dans certains cas même pour l'(es) expliquer⁷⁸⁹. Il semble pourtant que la présomption ait été déduite du renversement et non

rapproché du caractère exécutoire imparfait sans l'intervention du juge); J.-M. JOTTRAND, *op. cit.*, *Entr. dr.*, 1987, n° 3, p. 124 et note 2 (à l'endroit du privilège du préalable, également appelé privilège de la décision exécutoire). Add. en droit français C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, le titre de l'art. 1^{er} et n° 50.

786 La nuance est parfois difficile à saisir. L'exposé des motifs du projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif, indique par exemple que "Dans notre pays, les actes administratifs sont présumés être conformes à la loi sur la base du principe dit du "privilège du préalable" et sont par conséquent directement exécutoires" (*doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 2).

787 Comp. impl. les formules déjà citées note 717 au sujet de la suspension dans C.E., v.z.w. Vlaamse hogescholen van het lange type (VHOLT), n° 35.658, 16 octobre 1990, R.A.C.E., sp; *Pas.*, 1993, IV, 74; C.E., Legrand, n° 44.496, 13 octobre 1993, et n° 49.811, 21 octobre 1994, R.A.C.E., resp. 1993 et 1994, sp; C.E., s.p.r.l. Brufi, n° 52.171, 11 mars 1995. Voy. aussi les avis de la S.L.C.E. mentionnés plus haut, note 719. Add. toujours impl. les références mentionnées n° 260, au sujet de l'absence d'effet suspensif, sans mention de la présomption ni du privilège, comme pour attester leur caractère uniquement contentieux (dans le même sens : M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 261, p. 645 et note 1), de même que celles mentionnées n° 267, concernant la voie de fait, surtout dans ses débuts. Add. J.P. Saint-Gilles, 16 octobre 1986, J.J.P., 1987, p. 255; civ. Liège (réf.), 1^{er} juillet 1988, J.L.M.B., 1989, p. 467 (le privilège du préalable en l'absence d'illégalité manifeste), réformé par Liège (ch. vac.), 26 août 1988, *ibidem*, la décision cette fois "paraissant entachée d'une illégalité manifeste" (idr). Rem. C.T. Mons, 11 octobre 1984, *Justel* (sommaire) : si le privilège fait bénéficier d'une présomption, il n'entraîne pas que les faits sur lesquels se fonde cette application soient d'office considérés comme avérés.

788 Sans pouvoir déterminer lequel lorsque les privilèges ne sont pas vraiment distingués : M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 18; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 33 et 35; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 84. Le plus souvent à la décision unilatérale (le privilège du préalable), lorsque deux privilèges sont distingués : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 61; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 84 et 86; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclassseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 5 à 7; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 152, pp. 213 et 214 (apparence, provision, présomption de régularité); G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1497; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 37; G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, note 20; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 16; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 325; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449 et n° 1351, p. 1054. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 et 1749; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 201, p. 154 (dans les cas limites, la présomption "se traduit par le privilège du préalable"); A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 9 et surtout n° 240, p. 573; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21. Add. B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 247; M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82; concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ préc. Cass., 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1184.

789 En droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 61; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 86 à 88; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 325, p. 457; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 80; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclassseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 7; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97. En droit belge : A. VANWELKENHUYZEN,

l'inverse. Elle aurait été déduite de cette donnée de pur fait que l'administration serait plus souvent défenderesse que demanderesse en justice⁷⁹⁰.

Le fait va pourtant de soi en pratique. Quasi par définition, c'est en effet l'autorité qui est agissante et donc susceptible de porter atteinte aux droits de l'administré. En règle, la contestation administrative porte sur l'action de l'autorité. Le recours au Conseil d'État, en particulier, a pour objet un acte administratif.

Par mesure de prudence et pour s'y retrouver, par conséquent, il convient de ne pas mêler les diverses questions, même si elles sont intimement liées⁷⁹¹.

Il convient même de dénoncer l'attitude subtile mais dangereuse, parfois rencontrée, consistant à expliquer l'exécution provisionnelle⁷⁹² ou l'un de ses attributs⁷⁹³ (parfois même l'action

in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 318. Rem. C.E., De Muijlder, n° 66.865, 25 octobre 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 364 : une présomption est un mode de preuve qui a pour effet de renverser la charge de la preuve. *Add. S.L.C.E.*, avis cité ci-dessus, note 776.

⁷⁹⁰ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 135, p. 209.

⁷⁹¹ C'est l'attitude adoptée par M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, pp. 548 et 549, n° 925 à 927.

⁷⁹² Ainsi, l'exposé des motifs du projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif : "Dans notre pays, les actes administratifs sont présumés être conformes à la loi sur la base du principe dit du "privilège du préalable" et sont par conséquent directement exécutoires" (*doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 2, idr) (l'expression vise notamment l'exécution forcée). Comp. C.E., Zoete, n° 22.446, 8 juillet 1982, *R.A.C.E.*, 1982, p. 1191, *A.P.M.*, 1982, p. 189 et note, *R.W.*, 1982-83, col. 1633 : la présomption permet l'exécution directe de la loi. Comp. en doctrine française : NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 77; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 10 (et p. 43) : "La présomption de légalité communique aux décisions administratives force obligatoire et, souvent, force exécutoire"; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24, mais l'auteur ajoute p. 66 : "même si les actes administratifs sont présumés légaux jusqu'à décision contraire d'un juge, l'administration ne peut les exécuter par la force que dans des cas exceptionnels"; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93. *Contra* : G. DUPUIS, *op. cit.*, 1962, T. I, n° 141, pp. 217 et 218, ainsi que T. II, n° 297 et 298, pp. 418 à 420, mais à partir du droit commun : la décision de justice étant présumée légale jusqu'à réformation, malgré l'effet suspensif de l'appel, la présomption ne saurait pas expliquer l'exécution provisionnelle; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 368. En doctrine belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1749 (apparemment l'exécution forcée); A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, pp. 32 et 33 (le caractère exécutoire); P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 37, 42 et 48; B. JADOT, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1982, n° 13, p. 247 (à la base de), mais *contra* p. 248, n° 20, en ce qui concerne les actes permissifs; M. DONY, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1985, p. 82 (de là découle) et à la suite de B. JADOT p. 84, à propos des actes permissifs; E. LANCKSWERDT, *op. cit.*, 1993, p. 9, n° 7 (brent met zich mee). *Contra* : W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45. Dans le sens inverse : concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ préc. Cass., 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1184.

⁷⁹³ Tel que l'absence de caractère suspensif du recours concernant l'exécution qui, pourtant, procède seulement de la loi, voire même de sa caracté, et permet seulement ensuite de déduire la présomption qui, de toute évidence, ne constitue pas en soi un privilège. Voy. pourtant dans ce sens en droit français : NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 77; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 86 et 131; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 80; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; G. KOUBI, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1990, p. 1497; G. DARCY, *op. cit.*, *A.J.D.A.*, 1994, p. 665, note 20; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93; comp. J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 9; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 7, n° 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 7, n° 8; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99.

Faut-il préciser qu'on ne suspend pas une présomption à proprement parler, mais qu'on la renverse ? Une fois renversée, par contre, il peut arriver qu'elle soit remplacée par une autorité, parfois même par une force plus forte,

unilatérale⁷⁹⁴) à partir de la présomption de légalité, alors qu'en pratique c'est également l'inverse qui s'est produit.

Une telle présentation conduit à favoriser l'illusion d'un droit et le sentiment d'un privilège général. Elle reflète le paradoxe de la légalité dans un système prônant, par le passé, le contrôle *a posteriori*. La légalité y est à la fois présumée et destinée à encadrer l'action administrative⁷⁹⁵, c'est-à-dire à être respectée.

Il faut également combattre l'illusion rencontrée, consistant à laisser croire que le privilège tient à l'existence d'une présomption *malgré* le défaut d'intervention du juge⁷⁹⁶. Tout acte un

liée à la chose jugée. Mais c'est également le cas lorsque la suspension est retirée sur base d'éléments nouveaux.

⁷⁹⁴ En droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 62; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 84 et pp. 86 à 88; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 10, 43 et 73 à 79; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291 (non sans contradiction, la présomption étant présentée à la fois comme une conséquence de la décision exécutoire et comme l'implicite); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 152, pp. 213 et 214 (une justification de la règle); J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Juriclassseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 5 à 7 (l'exécution par provision est en effet conçue comme l'obligation d'accomplir spontanément); G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 37; comp. J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1351, p. 1054. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33. Et comp. en ce qui concerne la force obligatoire : I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 32, n° 83. L'action unilatérale est difficilement dissociable de l'exécution non forcée, comme expliqué *infra*, sous la force obligatoire, n° 298 et s.

⁷⁹⁵ L'action déclenchée à la fois "procède d'un droit et demeure contenue par le droit", peut-on risquer en s'inspirant de C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 144. Dans ce sens, le référé et la présomption emportent une certaine contradiction. Comp. sur ce point Bruxelles (réf.), 23 novembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 414, obs. B. JADOT (concernant le permis de bâtir) et la vive critique de M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 261, p. 645, note 2 : la présomption serait inopérante en référé. En pratique, les conditions strictes posées à l'acceptation du premier laissent à la seconde un espace vital mesuré, mais comparable à celle du droit commun. De manière moins directe, le devoir de motivation formelle des actes administratifs est également venu éroder la présomption de légalité attachée aux actes administratifs. On impose en effet à l'autorité administrative d'exciper une apparence de légalité justifiant en quelque sorte son action. Voy. not. S. SAROLEA, "La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière : de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité", *J.T.*, 1997, pp. 165 à 171 et Cass., 18 décembre 1996, p. 173.

⁷⁹⁶ En droit français : M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 84, idr : "Au contraire, la prétention de droit administrative est, avant tout recours au juge, supposée conforme au droit"; R. CAPITANT, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 343; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 77; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 36 : "Le jeu des compétences fait présumer la légalité des décisions sans le recours au juge"; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391 : "la décision prise par l'administration bénéficie d'une présomption de régularité juridique sans qu'il soit besoin d'une constatation ou d'une vérification juridictionnelle"; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 97, p. 92 : "La décision exécutoire bénéficie, avant toute vérification par le juge, d'une présomption de conformité au droit" (malgré que p. 83, sn, la différence avec le particulier concernant la décision unilatérale vise la dispense du consentement et non celle de l'intervention du juge); C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 269, idr : les décisions exécutoires "font foi par elles-mêmes jusqu'à preuve du contraire". En droit belge : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345 : la décision exécutoire bénéficie d'une présomption de conformité au droit avant toute vérification par le juge; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 : le privilège du préalable, présomption de conformité, "dispense l'administration de s'adresser préalablement à un juge pour que ses droits soient constatés officiellement"; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 365. Rem. l'explication de la confusion qui ressort de A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 7, n° 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 7, n° 8, et à leur suite I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 32, n° 83 : "cette présomption vaut

minimum vraisemblable est en réalité présumé légal jusqu'à preuve du contraire, sans que l'intervention d'un juge soit nécessaire pour cela. Au contraire, même, le jeu de la présomption sert en grande partie devant le juge. Ou alors à dissuader d'y recourir⁷⁹⁷.

284. Le lien factice entre la présomption et le privilège. Ces précisions apportées, la méthode retenue commande de limiter l'analyse à une question précise. La présomption de légalité prétendue est-elle indispensable à l'existence du privilège lié à l'exécution forcée, de manière à en constituer un élément de définition ou, au contraire, est-elle suffisamment accessoire pour en être dissociée ?

La réponse est évidente à la lumière des développements qui précèdent. Une présomption ne suffit pas à autoriser le recours à la force. Plus simplement : ce n'est pas parce qu'un acte administratif est présumé légal jusqu'à preuve du contraire que le recours à la force publique est autorisé sans l'intervention du juge⁷⁹⁸.

De plus, la question de la présomption dépasse largement le problème de l'exécution forcée. En effet, tout acte administratif est présumé légal, indépendamment même du fait qu'il comporte ou non une obligation. À l'inverse, par contre, tout acte n'est pas en soi exécutoire par la force.

Par conséquent, les deux éléments ne peuvent pas être confondus. Même leur mélange doit être évité, sous peine de prêter au privilège lié à l'exécution forcée le caractère général de la présomption⁷⁹⁹.

sans que l'administration ait au préalable à faire appel au juge, comme doit le faire le particulier dont la créance est contestée par son débiteur". À nouveau, il peut être soutenu que le pli pris par les auteurs participe de la comparaison "classique" de l'acte administratif avec la décision de justice. Celle-ci incarne en effet la présomption maximale, d'ailleurs reflétée dans l'expression répandue "l'autorité de la chose décidée". La comparaison n'est toutefois pas rigoureuse et elle perd d'ailleurs de son intérêt à comparer l'acte administratif avec l'acte privé.

⁷⁹⁷ En effet, l'obéissance du débiteur, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation en cause, est souvent fonction des moyens de preuve dont dispose le créancier. En pratique, l'exigence de démarches amiables avant de saisir le juge conduit le plus souvent à un échange d'information sur ce point. À noter que, de la sorte, on déborde déjà sur la force exécutoire de l'acte par rapport à laquelle la force probante est identifiée comme un facteur d'influence, une sorte de variable. Mais il ne s'agit encore que d'exécution volontaire, et pas d'exécution forcée. La même relation intime existe entre l'*instrumentum* et le *negotium*, c'est-à-dire entre les forces obligatoire et probante. Les forces sont liées entre elles.

⁷⁹⁸ La présomption d'urgence que des auteurs ont tenté d'introduire en matière de police de manière à permettre le recours "provisoire" à la force tend à le confirmer. À cet égard, voy. *infra*, titre II, n° 349, note 133.

⁷⁹⁹ Un exemple d'amalgame dans ce sens peut être trouvé récemment chez S. BRACONNIER, *op. cit.*, 1997, pp. 195 et s. L'auteur montre que le privilège dit du préalable pose des problèmes au regard du principe de l'égalité des armes visé par la Convention européenne des droits de l'homme. À première vue, c'est l'ensemble du système administratif paraît alors s'effondrer. Mais en réalité, l'auteur pointe uniquement la charge de la preuve qui peut paraître trop lourde pour l'administré, si des tempéraments n'y avaient pas été apportés par la jurisprudence administrative. À cette occasion, néanmoins, la présomption de légalité, les renversements des charges de l'action et de la preuve, ainsi que la délivrance par l'administration d'un titre exécutoire à elle-même sans s'adresser préalablement au juge, sont allègrement confondus sous l'exposé succinct du privilège. Avec en prime l'exemple pris d'un permis de construire n'ayant absolument pas force exécutoire au sens de l'exécution forcée. L'exemple suffit à établir que la rigueur dans les principes étudiés n'est pas seulement souhaitable, elle est indispensable.

285. Un lien historique. L'amalgame est néanmoins fréquent en doctrine. À la réflexion, il n'est pas si étonnant. Il procède de l'histoire.

Comme l'exécution provisoire, d'abord, la présomption de légalité, si profondément ancrée dans le droit administratif belge et français, n'est établie par aucun texte formel à portée générale. Elle procède seulement du système. En France, elle est affirmée par le Conseil d'État comme une "règle fondamentale du droit public"⁸⁰⁰.

Ensuite, jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle, la présomption était quasi irréfragable de manière utile⁸⁰¹, de telle sorte que l'association à l'exécution forcée a pu être facilitée.

Tel n'est toutefois plus le cas aujourd'hui⁸⁰² ni en droit français, ni en droit belge. Il est donc préférable d'écarter l'élément probant de la définition du privilège. À défaut, il concourt directement à en fausser le sens⁸⁰³.

La présomption - à supposer qu'elle existe et s'il fallait la localiser dans le temps - précède l'exécution forcée plutôt qu'elle ne la suit. De la sorte, elle se rapproche plus de la validité de

⁸⁰⁰ C.E. fr. (ass.), Huglo et crts, 2 juillet 1982, *Rec.*, p. 257; *A.J.D.A.*, 1982, p. 657 et concl. BIANCARELLI, ainsi que note B. LUKASZEWICZ; *D.*, 1983, p. 327 et note O. DUGRIP, *R.A.*, 1982, p. 627, note PACTEAU. L'arrêt est très généralement cité dans ce sens en doctrine, ou comme attestant le privilège du préalable, y compris dans les notes citées. La seule expression contenue dans l'arrêt concerne pourtant le "caractère exécutoire" de la décision administrative, "règle fondamentale du droit public" à laquelle déroge le sursis à exécution provisoire, mais sans comparaison avec le droit commun. De plus, l'arrêt concerne une hypothèse très particulière, celle du "sursis du sursis" à l'occasion duquel le caractère exécutoire de la décision administrative est rappelé. Au terme de l'arrêt, le Conseil d'État estime en effet qu'aucun texte législatif ou principe général du droit ne fait obstacle à ce que le gouvernement, par l'exercice de son pouvoir réglementaire, organise pour suspendre les effets d'un jugement de sursis, une procédure différente de celle qui est prévue par le décret pour suspendre les effets d'une décision administrative. Ce qui fait écrire à B. LUKASZEWICZ que si une décision administrative (l'ordonnance) "peut faire obstacle en droit à une décision juridictionnelle, revêtue de la formule exécutoire et rendue au nom du peuple français, ne sommes-nous pas en présence d'une manifestation de justice retenue, nonobstant la qualité du titulaire de ce pouvoir ?" (p. 661) (à savoir - tout de même - le président et les présidents adjoints de la section du contentieux).

Comp. en droit belge C. HUBERLANT, *op. cit.*, *R.J.D.A.*, 1975, p. 102, idr : "c'est en vertu d'un principe général du droit public que les actes de l'autorité administrative ont un caractère exécutoire". Rem. déjà E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887, p. 289, au sujet de l'absence d'effet suspensif du recours au Conseil d'État : il s'agit d' "une des règles fondamentales de la procédure administrative".

⁸⁰¹ On a vu dans un premier rapport concret avec l'exécution administrative en droit belge qu'au dix-neuvième siècle, l'immunité juridictionnelle de l'administration est liée à une interprétation française du principe de la séparation des pouvoirs dont la formulation rejoint parfois en pratique la question de savoir si le particulier est admis à établir, c'est-à-dire à prouver, l'illégalité d'un acte administratif. Voy. *supra*, n° 183 (et 185). L'incompétence du pouvoir judiciaire est évidemment le premier obstacle au succès d'une telle entreprise.

⁸⁰² Après différents stades dont l'évolution pourrait être interprétée comme étant incomplète tant que le recours n'est pas suspensif, par exemple à défaut de prouver l'urgence ou que l'intérêt général est réellement en souffrance. Mais ce serait placer l'administration dans une situation défavorable par rapport au droit commun, où le recours n'est pas non plus automatiquement suspensif ! La discrimination positive devrait dès lors être justifiée.

⁸⁰³ Dans le sens de l'amalgame complet entre forces, on doit citer M. STASSINOPOULOS lorsqu'il écrit que l'acte administratif "puise dans la puissance publique une présomption de légalité et peut obliger - jusqu'au moment où sa nullité sera prononcée - à l'exécution et à l'obéissance" (*op. cit.*, 1954, pp. 33 et 34), ou encore "c'est en vue de sa réalisation que l'acte administratif est muni d'une force exécutoire et d'une présomption de validité" (p. 38).

l'acte, c'est-à-dire de sa force obligatoire⁸⁰⁴, que de la force exécutoire. Néanmoins, elle ne l'accompagne pas toujours⁸⁰⁵. Elle ne peut donc pas non plus être confondue avec elle.

En bref et pour ce qui concerne le privilège, la présomption n'est pas le critère permettant de distinguer l'acte administratif ordinaire de celui qui est exécutoire par la force.

286. Une présomption partagée en droit commun. Il y a pire : la présomption de légalité est partagée par l'acte juridique en droit privé. Comme telle, la présomption n'est donc pas susceptible d'être rattachée à un quelconque privilège, ni même d'en constituer un au sens strict du terme.

L'approche procède ici d'une comparaison avec le droit commun. Le rapprochement est favorisé en droit belge où la légalité administrative peut être mise en doute y compris devant les cours et tribunaux judiciaires⁸⁰⁶ et donc aux mêmes conditions que la légalité de l'acte privé.

En France aussi, cependant, des auteurs⁸⁰⁷ se sont attachés à montrer que la situation du défendeur est de manière générale présumée légale, en vertu d'une sorte de présomption d'innocence ou de bonne foi qui n'est donc pas propre à l'autorité administrative. Ils ont surtout montré qu'aucun acte - pas même en droit privé - n'est présumé irrégulier par le juge auquel il est produit^{808 809}.

804 C. EISENMANN a le mieux développé une théorie de l'acte administratif basée sur la chronologie de ses attributs (*op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 675 et s.). Elle permet, mieux que d'autres, d'expliquer certains vices de raisonnement.

805 En règle générale, la présomption accompagne la force obligatoire. Elle naît en même temps que l'acte et coïncide généralement avec sa force obligatoire, voire sa force exécutoire. Cependant, l'acte peut jouir de la présomption tout en étant dépourvu des deux autres forces. Par exemple, un acte administratif non publié est présumé légal, mais il n'est pas pourvu de force obligatoire. L'utilité pratique de la présomption est très réduite dans ce cas, ce qui confirme son lien avec le système. En somme, il en va des forces de l'acte juridique comme du reste : la proximité favorise l'assimilation jusqu'à la confusion. La conclusion à tirer en l'occurrence est que la présomption ne définit pas le privilège du préalable. Tout au plus peut-il être avancé qu'elle l'accompagne, mais au même titre que tout acte juridique. Et sauf peut-être le cas de l'acte administratif inexistant, encore que l'existence du titre lui-même est alors mise en question.

806 Ce qui est la règle en ce qui concerne le privilège étudié, puisque l'exécution forcée, par définition, met en cause un droit civil. La remarque dépasse toutefois l'hypothèse du privilège pour s'étendre à toute activité administrative engendrant une contestation relative à un droit civil. Comp. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 240, p. 573, et ce que l'on pourrait qualifier le mirage de la présomption de légalité par rapport à la voie de fait en droit belge. Add. A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 378, p. 349, note 29 : même en droit civil, toute nullité doit être prononcée par le juge.

807 C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-60), n° 18, p. 697; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, pp. 212 à 215 et 218, n° 138, 139 et 142, pour qui il s'agit d'un faux problème qui doit être complètement éliminé d'une étude des privilèges de l'administration; J.-C. VÉNEZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 367 et p. 368, concernant la situation de défendeur inclinant à croire à la présomption.

808 M. TREVES observe dans ce sens qu'en vertu d'une sorte de préjugé qu'il appartient au défendeur de détruire en cas de contestation, un particulier n'a pas à prouver la validité du contrat pour l'exécution duquel il s'adresse au juge (in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 343). À cet égard, ne constitue pas un argument juridique le constat selon lequel, en France, la contestation de l'acte administratif est plus difficile par rapport à celle de l'acte privé pour des raisons contentieuses. Dans le même ordre d'idées, le défaut de preuve ne confère pas comme telle une force probante particulière à l'acte en droit privé, puisque la

Cela peut étonner, mais M. HAURIUO⁸¹⁰ lui-même ne prétendait pas toujours le contraire, malgré qu'il se soit surtout attaché à favoriser le sentiment que des comportements interdits dans le chef des particuliers sont permis aux agents de l'autorité. À vrai dire, l'auteur a surtout voulu mettre en exergue les prérogatives légales de l'administration, mais sans insister suffisamment sur leur caractère légal. Dès le départ, l'angle de comparaison était dès lors faussé. Car, en moyenne, il est évident que l'action privée ne peut pas se prévaloir des prérogatives administratives.

Pour évaluer correctement une différence éventuelle de présomption, il ne faut donc pas nécessairement comparer le même type d'action d'un côté et de l'autre, mais plutôt deux actions, au besoin différentes, respectivement pourvues d'un même degré de vraisemblance.

Par exemple, on ne peut pas comparer la destruction urgente d'un mur menaçant ruine respectivement par l'administration communale ou un particulier ni l'un ni l'autre propriétaire. Manifestement, la première a plus de chance que le second d'être "dans son droit". Par contre, sont déjà plus comparables une contestation portant sur la construction d'un mur par une administration ou un particulier en débordant légèrement sur le terrain d'autrui, ou la destruction d'un mur en parfait état sous prétexte qu'il menaçait ruine, voire encore cette destruction par l'autorité communale et l'enlèvement, par un particulier, d'un véhicule garé devant son entrée de garage.

En somme, il va de soi qu'une décision prévoyant l'exécution d'office ne sera nantie d'une présomption plus ou moins forte que selon qu'elle s'inscrira plus ou moins en marge de la

preuve contraire, lorsqu'elle existe, permet de renverser la prétention. C'est pourquoi l'expression "présomption de fait" est préférable, le cas échéant. Add. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 215, n° 139, mais aussi n° 138, p. 214 : "Toute norme qui fait partie de l'ordre juridique s'applique à ses sujets en dehors de toute considération sur sa régularité", tant qu'elle n'est pas contestée ou mise à mort par qui de droit.

809 En matière administrative, l'objet de contestation se focalise simplement sur un acte administratif, sur base duquel l'administré est amené à citer l'administration concernée en justice (au sens large). Aussi l'administration est-elle le plus souvent défenderesse. Mais à supposer qu'elle soit demanderesse, par exemple en appel, en révision ou en rectification en droit français, cela ne change pas grand chose à la présomption de l'acte. Comp. à cet égard G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 304, p. 423, soutenant l'application de la règle procédurale de l'absence d'effet suspensif des requêtes.

810 Dans "Les idées de M. DUGUIT", *Recueil de législation de Toulouse*, *op. cit.*, 1911, M. HAURIUO soutient en effet, dans une envolée peu rigoureuse, que les actes privés bénéficient également d'une telle présomption liée à la "valeur provisoire des actes juridiques". "L'acte reste debout et juridiquement exécutoire tant que sa nullité n'a pas été prononcée par le juge. Cela est vrai de l'acte administratif entaché d'excès de pouvoir pour violation de la loi, mais c'est aussi vrai de l'acte civil entaché de nullité. Et, à ce point de vue, il n'y a pas à distinguer entre les nullités absolues et les nullités relatives. Toute la théorie des nullités a pour base la vertu exécutoire provisoire de l'acte juridique illégal et se résume en les moyens de faire tomber cette force exécutoire. Nous pouvons traduire cette situation d'un mot en disant que tout acte juridique bénéficie du privilège du préalable ou, si l'on veut, d'une présomption de justice" (p. 26). Mais alors, pourquoi l'auteur utilise-t-il encore le terme privilège ? Cédant à ses attrait pour la philosophie, l'auteur va même jusqu'à énoncer qu'il y va d'une "présomption de conformité avec le sentiment subjectif du Droit", du juste et de l'injuste (pp. 27 et 28), proche de la bonne foi; "la vertu juridique des actes repose sur l'autonomie disciplinée de la volonté" (p. 30); "l'acte juridique, manifestation d'un pouvoir autonome et discipliné, vaut par la présomption qu'il est conforme au sentiment subjectif de la justice" (pp. 31 et 32). L'auteur va très loin : "l'État paye ses dettes sans intervention de la contrainte parce qu'il est honnête homme; de même il commande et doit être obéi d'une façon préalable parce qu'il est honnête homme. C'est dans la mesure où il est une institution modérée, équilibrée, raisonnable, qu'il est une autorité" (p. 30).

législation ou de ce qu'il revient communément à l'autorité de faire. Voilà de quoi relativiser les angles de comparaison. Une "présomption" réfragable est largement tributaire des faits, surtout lorsqu'elle n'est pas légale.

287. L'authenticité de l'acte administratif. Le cadre limité de l'étude ne permet pas de traiter en profondeur le problème spécifique de l'authenticité de l'acte administratif, d'ailleurs seulement utile dans son rapport avec l'exécution forcée. M. PÂQUES⁸¹¹ en a récemment fait la synthèse. L'authenticité est généralement admise en ce qui concerne les actes administratifs *unilatéraux*⁸¹², en particulier par la Cour de cassation, le Conseil d'État et la doctrine.

Il faut rappeler qu'au moment de distinguer les forces de l'acte juridique, l'indépendance a été clairement établie entre la force exécutoire renforcée de l'acte et son authenticité. Tel est également le cas en ce qui concerne l'acte administratif. Cela aussi a été établi⁸¹³. De manière générale, la force probante apparaît ainsi sans rapport nécessaire avec la question du caractère exécutoire de l'acte.

C'est donc à tort que des auteurs⁸¹⁴, parmi la première génération, ont cru voir dans

⁸¹¹ M. PÂQUES, *op. cit.*, A.P.T., 1996, pp. 90 à 108. Add. surtout H. CASTERS-VAN THEMISCHE, "Actes notariés et actes administratifs de gestion économique", *Rev. not. belge*, 1967, pp. 449 à 457; J. DE BRABANDERE, *op. cit.*, *Rev. not. belge*, 1985, pp. 367 à 404, arrêt plusieurs fois annoté : note M. BOES, "De authentieke akte in administratieve vorm", *R.W.*, 1984-1985, col. 549 et 550; obs. J.M.L., *M.C.*, 1984, pp. 278 et 279 et obs. A.C., *Rec. gén. enr. not.*, n° 23.145, pp. 65 et 66; E. DE FAYS, "Le notariat d'État. Authenticité et force exécutoire des actes administratifs de gestion économique", *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, pp. 337 à 370; J. DEMBLON, "La fonction notariale", *Rép. not.*, T. XI, L. V/1, 1992, n° 267 à 282, pp. 188 à 195; C. HUBERLANT, rapport préc. C.E., Dewolf, n° 14.797, 4 juin 1971, *R.J.D.A.*, 1972, p. 58, sp. p. 60; A. LHOEST et O. ORBAN, "Des actes en forme administrative" (dissertation), *Rev. not. belge*, 1901, pp. 481 à 506; *Pandectes b.*, "Acte administratif" et "Acte authentique"; Z. VAN HEE et J. DE VROE, "Le rôle social du notaire vis-à-vis de l'État", in Congrès des Notaires de Belgique, Gembloux, Duculot, 1957, trad. fr., pp. 291 à 310; F. VILAIN, "Notariat et actes administratifs immobiliers, conformité de la pratique à la loi ?", *Rev. not. belge*, 1975, pp. 54 à 70; "De notariële akte en de akte in administratieve vorm", Actes du XXVI^e Wetenschappelijk Rechtscongres ingericht door de Vlaamse Juristenvereniging, "De jurist in de maatschappij van morgen", *R.W.*, 1973-1974, col. 1993 à 2032, avec les contributions de resp. H. MICHIELS, J. DE VROE, M. BOES et A. DE BOUNGNE; Z., "Des actes contresignés par les secrétaires communaux et de leur caractère en droit administratif et en droit fiscal", *Rev. dr. b.*, 1886-1990, pp. 1 à 22, et réponse S., même titre, même revue, pp. 259 à 272.

⁸¹² Par distinction avec les actes de gestion économique ou "actes contractuels" qui requièrent une loi particulière dérogeant au droit commun.

⁸¹³ Voy. les références citées *supra*, n° 131 et s., ainsi que ci-dessus, n° 284.

⁸¹⁴ A. GIRON, en particulier, lie la question de l'exécution à l'authenticité qu'il commence par étudier sous un titre consacré à l'exécution dans son précis : *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1885, pp. 237 à 243, n° 213 et 213bis. Le lien est encore plus fort dans le dictionnaire. En ce qui concerne les actes d'administration contentieuse, l'auteur se prévaut de DARESTE pour affirmer que la formule exécutoire n'ajouterait rien à leur autorité : "la puissance publique a la présomption pour elle; elle n'a pas besoin de demander un titre authentique et exécutoire, elle donne elle-même à ses propres actes l'authenticité et la force exécutoire" (*op. cit.*, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", p. 17, n° 5). À propos des actes d'administration économique, A. GIRON a évolué depuis son précis où il défendait en 1885 le principe du passage devant notaire, sauf exception (n° 215, p. 244). Il soutient désormais que même lorsqu'il contracte, l'État ne perd pas son essence faite de pouvoir, de souveraineté et de caractère public. Aussi "Ses actes revêtent un caractère public et authentique et empruntent leur force exécutoire aux autorités de qui ils émanent. (...) La Nation a le droit de commander et n'a nul besoin du concours de ces officiers, dont la présence n'ajouterait rien à l'autorité de ses résolutions" (n° 6, p. 17). Add. et comp. C.

l'authenticité la source du caractère exécutoire par la force, à l'époque soutenu dans le chef de l'acte administratif. Probablement ont-ils été aveuglés par une approche plus constitutionnelle de l'exécution parée commune aux trois pouvoirs établis⁸¹⁵ et dont les actes sont généralement considérés comme authentiques. Le cas échéant, on peut considérer que la question de l'exécution parée a été occultée durant un temps considérable par l'argument de l'authenticité.

À y regarder de plus près, pourtant, l'authenticité elle-même procède d'un argument d'autorité⁸¹⁶ souvent tiré de l'histoire et de la seule tradition⁸¹⁷. À se demander si elle n'est pas non plus inspirée de l'ancienne théorie du ministre-juge.

Aujourd'hui, néanmoins, on peut affirmer sans ambages, avec M. PÂQUES⁸¹⁸, que le privilège du préalable et l'exécution d'office ne sont pas tirés du caractère authentique des actes administratifs.

DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 164; concl. conf. (mais pas sur ce point) du pr. av. gén. VAN SCHOOR, préc. Cass., 17 janvier 1901, *Pas.*, 1901, I, 108.

⁸¹⁵ A. GIRON soutient en effet avec ambiguïté le caractère exécutoire des actes émanés de la puissance législative, sans le distinguer du caractère exécutoire lié à la formule du même nom et prêt aux actes de la puissance judiciaire et du pouvoir exécutif. Il fait même état de "la formule de la promulgation" et indique qu'il s'agit de l'ordre donné aux agents d'exécuter les actes concernés : A. GIRON, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1885, pp. 243 et 244, n° 213.3 à 215 et, du même auteur, *op. cit.*, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", pp. 15 et 16, n° 1 à 3.

⁸¹⁶ L'argument d'autorité procède généralement d'un raisonnement incompatible avec l'État de droit et le principe de l'attribution des pouvoirs. En ce qui concerne l'authenticité, il consiste à conclure à l'authenticité naturelle des actes des autorités publiques parce que "l'autorité publique" organise l'authenticité. Dès lors, elle est censée lui appartenir, comme si elle était encore rendue au nom du Roi, par délégation de ce dernier. Plus indirectement, mais dans le même ordre d'idées, elle est parfois déduite de la qualité de fonctionnaire ou d'officier public investi d'une mission de même nature, dans le respect de formalités établies. De telles considérations reviennent à omettre la soumission des autorités publiques - en particulier les autorités administratives - aux lois organisant l'authenticité et prévoyant des autorités particulières expressément chargées de la conférer à certaines catégories d'actes. Elles reviennent surtout à négliger que la (plénitude de la) compétence appartient au législateur et qu'une loi préalable est donc nécessaire, d'autant que le droit commun de la preuve est réglé dans le Code civil. En ce qui concerne l'exécution forcée administrative, le même raisonnement consiste à déduire le caractère exécutoire par nature de tous les actes administratifs parce que l'exécutif est le pouvoir en principe chargé de l'exécution forcée de tous les actes des autorités publiques. De toute évidence, ce raisonnement omet l'existence d'un dispositif légal, général ou particulier, chargeant des autorités déterminées de cette exécution, concernant de plus des actes dûment spécifiés, la plupart du temps devant être produits. La contradiction de cet argument d'autorité est entreprise au titre II, sur base du principe de l'attribution des pouvoirs. Voy. sp. les n° 605 et s., concernant la formule exécutoire.

⁸¹⁷ La tradition procède en réalité d'une conception historique et socio-politique du rôle de l'État. En témoignent les extraits précités d'A. GIRON. Ce dernier a emporté l'adhésion de la Cour de cassation si l'on en croit les concl. conf. du pr. av. gén. VAN SCHOOR, préc. Cass., 17 janvier 1901, *Pas.*, 1901, I, 108, ici 110 : la thèse de droit public de GIRON est affirmée comme étant celle que le ministère public défend. La Cour avance toutefois plusieurs bases légales à l'authenticité, dont les principales sont l'article 1317 du Code civil définissant l'acte authentique comme celui reçu par des officiers publics et l'article 1^{er} de la loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI contenant organisation du notariat qui évoque dans le chef de l'acte notarié "le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique" (même s'il appert des travaux préparatoires que référence était uniquement faite aux jugements et arrêts). Add. Cass., 15 décembre 1881, *Pas.*, 1882, I, 14 et les concl. conf. proc. gén. MESDACH DE TER KIELE, alors pr. av. gén. Le Conseil d'État, de son côté, est nettement moins formaliste - comme par souci d'autonomie -. Cela a pu être vérifié au départ de M. PÂQUES, *op. cit.*, A.P.T., 1996, pp. 90 et 91.

⁸¹⁸ M. PÂQUES, *op. cit.*, A.P.T., 1996, p. 107.

288. La portée limitée de l'authenticité. Déterminer si un acte est authentique, c'est en effet régler une question de force probante. C'est seulement cela, mais précisément cela.

Certes, la preuve contraire est toujours admise contre l'acte authentique, mais cette preuve est plus rigoureuse, plus difficile à administrer qu'à l'encontre d'un acte sous seing privé⁸¹⁹. Seule une procédure en inscription de faux⁸²⁰ (sauf le faux évident et manifeste) est de nature à renverser la présomption de vérité légale qui s'attache au contenu de l'acte. L'authenticité pourrait, dans ces conditions, fonder une sorte de privilège partagé avec l'acte notarié. Faveur qui, au demeurant, revêtirait, à l'instar des privilèges étudiés, une connotation éminemment procédurale⁸²¹.

Force est de tempérer les ardeurs à cet égard. La relation entre l'authenticité et la présomption de légalité ne peut pas être exagérée. Elle doit recevoir sa juste mesure. Contrairement à une représentation répandue, l'authenticité confère à l'acte une force probante qui, on le sait déjà, n'est pas à toute épreuve. Cette force probante n'est pas non plus illimitée. La présomption de légalité qui en découle en ce qui concerne l'acte administratif est par conséquent limitée dans les mêmes proportions.

L'acte authentique ne revêt pas une force probante absolue, surtout parce que son contenu protégé est savamment limité. La différence quant au mode de preuve contraire ne doit donc pas être exagérée. Seules sont protégées⁸²² les mentions ayant fait l'objet d'une *constatation ex propriis sensibus* de la part de l'officier public et rentrant dans les limites de sa mission. Parmi elles⁸²³, s'agissant de l'acte notarié : le fait de la convention (la réalité du *negotium* que l'acte constate), à condition encore qu'elle ait été passée devant l'officier⁸²⁴, et sa date. La sincérité du *negotium*, en revanche, n'en fait pas partie (tels les vices de consentement) et entraîne l'application des principes généraux du droit de la preuve. Elle peut être combattue librement,

819 H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 1967, n° 757, p. 776; M. PÂQUES, *op. cit.*, A.P.T., 1996, p. 90.

820 Au terme de l'article 1319 du Code civil, il y a lieu de distinguer le faux principal dirigé contre l'auteur du faux devant le juge pénal et le faux incident civil entrepris contre l'acte. L'alinéa 2 de l'article prévoit la suspension de l'efficacité de l'acte (forces exécutoire et probante) à partir de la mise en accusation, c'est-à-dire l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises ou le tribunal s'il y a admission de circonstances atténuantes. L'exécution de l'acte peut être provisoirement suspendue par les tribunaux civils, selon les circonstances.

821 Tenant en l'espèce aux moyens légaux d'établir la preuve contraire à celle rapportée par acte authentique.

822 Voy. M. RENARD-DECLAIRFAYT, "Force probante", *Rép. not.*, T. XI, L. VI/1. Ce qui fait écrire à H. DE PAGE que seul l'acte authentique jouit d'une force probante provisoire parce qu'il a fait l'objet de constatations officielles, l'acte sous seing privé, quant à lui, devant être reconnu ou également tenu pour tel, au terme de l'article 1322 du Code civil. L'auteur y voit "la véritable différence" entre les deux sortes d'actes : *op. cit.*, T. III, 1967, n° 757, p. 776, p. 777 (la différence fondamentale) et n° 747, p. 758 (la principale différence). Il faut ajouter qu'une fois reconnu, l'acte sous seing privé revêt la même force provisoire.

823 Il faut y ajouter l'origine de l'écriture et la signature. L'inscription de faux est nécessaire. Pas en ce qui concerne l'acte sous seing privé : celui auquel on oppose l'acte peut se borner à désavouer son écriture ou sa signature. La dénégation suffit à enlever à l'acte toute valeur probante. À charge pour le demandeur de solliciter la vérification de l'écriture en justice, dont l'article 1324 du Code civil dispose toutefois sans autre précision qu'elle est ordonnée.

824 Ainsi, lorsque les parties se présentent simplement devant le notaire pour donner forme authentique à une convention qu'elles déclarent avoir passée antérieurement, seul ce fait matériel est protégé jusqu'à inscription de faux.

par tous moyens, sans qu'il faille recourir à l'inscription de faux⁸²⁵. Quant au surplus, l'acte authentique n'est donc pas plus protégé que l'acte sous seing privé. "Il se trouve rigoureusement et intégralement sur le même pied que lui"⁸²⁶. Le caractère authentique de l'acte est sans aucun effet.

289. Conséquence en droit administratif. La limitation de l'authenticité à ce qui a pu être et a été authentiquement constaté, transposée en droit administratif, conduit à conclure à l'impact très limité du principe soutenu de l'authenticité des actes administratifs unilatéraux. Seules les constatations directes réalisées par l'agent administratif dans les limites de ses attributions peuvent revêtir une autorité particulière. Ce n'est donc pas le cas de toute constatation opérée par n'importe quel fonctionnaire de manière générale. Il faut qu'il ait été investi préalablement du pouvoir de constater⁸²⁷ et que les formalités éventuellement prévues à cet effet aient été respectées. Il faut, autrement dit, une loi.

La sincérité du constat n'est pas non plus couverte par l'authenticité⁸²⁸. Ainsi, des notions comme l'urgence, l'utilité publique ou d'autres permettent un contrôle utile. De telle manière que, dans la majeure partie des cas, un ensemble d'indices précis et concordants est suffisant pour emporter la conviction du juge et renverser la présomption de légalité réputée de l'acte administratif. L'authenticité, sur ce point, n'est d'aucun secours pour l'administration⁸²⁹.

825 Dans ce cadre, l'acte notarié est un acte écrit souvent décisif pour établir le *negotium*.

826 H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 1967, n° 757, p. 776.

827 J. DEMBLON, *op. cit.*, *Rép. not.*, T. XI, L. V, 1992, n° 268 et 269, pp. 189 et 190. Cela ressort aussi des exemples cités en jurisprudence par M. PÂQUES, *op. cit.*, A.P.M., 1996, pp. 90 à 92. Le principe de spécialité développé concernant les actes dits d'administration économique (pp. 95 et 104) doit être également retenu concernant les actes administratifs. La dualité des actes est en effet dépassée, comme le constate d'ailleurs l'auteur au titre de considération critique, pp. 102 et 103. Add. G. PARTSCH, "Typologie des habilitations données à l'administration dans des cas déterminés d'établir des actes authentiques", *Chron. not. Liège*, 24 octobre 1996, vol. XXIV, p. 365.

828 En droit belge, l'article 51 du règlement de procédure fixe la procédure à suivre lorsqu'une partie s'inscrit en faux (matériel) contre une pièce. Le Conseil d'État s'assure seulement de la pertinence de ce qui constitue une question préjudicielle du ressort exclusif des juridictions judiciaires civile ou répressive, selon le cas. Avec cette réflexion étonnante, mais très pragmatique, de M. LEROY qui souligne le règne de la conviction intime du juge administratif : "Les décisions administratives sont la plupart du temps contenues dans des actes (*instrumenta*) authentiques. Il ne s'ensuit pas pour autant que toutes les énonciations qu'ils contiennent ne puissent être contestées que par la voie de l'inscription de faux. C'est avant tout sur le vu du dossier que le Conseil d'État statue, et la procédure de faux incident n'est guère utilisée qu'à la demande des parties, dans les cas où une intention frauduleuse peut raisonnablement être suspectée, et où l'inexactitude de la mention contenue dans l'acte ne peut être établie autrement; la date d'un acte, par exemple, peut rarement résulter d'autre chose que de l'acte lui-même. Bien souvent il s'avère qu'une mention figurant dans le préambule d'un acte administratif ne correspond pas à la réalité. Ce préambule vise, par exemple, une consultation qui n'a pas eu lieu. Sans s'arrêter au caractère authentique de l'acte, le Conseil d'État n'hésite pas à annuler non seulement si le dossier établit qu'elle a été omise, mais même s'il ne contient aucune trace de son accomplissement" (M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 448).

829 Comp. en droit français G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 235, p. 211 : des présomptions sérieuses reposant sur des circonstances et des faits précis suffisent parfois à emporter la conviction du juge (administratif). N° 142, pp. 218 et 219, l'auteur fait état de la jurisprudence du Conseil d'État français qui aurait pris le parti de juger que, sauf disposition formelle en sens inverse, un acte administratif ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, aucune procédure d'inscription de faux n'ayant été organisée par la loi devant la juridiction administrative et la loi des 16-24 août 1790 s'opposant à ce qu'une juridiction judiciaire reconnaisse faux un acte administratif. Add. M.

Finalement, c'est en matière répressive que la nécessité d'une loi est la plus évidente pour reconnaître aux procès-verbaux une force probante obligatoire, compte tenu du principe y établi de la liberté de l'administration de la preuve, sauf texte exprès⁸³⁰.

290. L'autorité de (la) chose décidée. À noter une expression assez répandue en droit administratif, "l'autorité de (la) chose décidée"⁸³¹, qui est à la fois riche de confusion entre les différentes forces de l'acte juridique et révélatrice d'une comparaison ancienne dont les auteurs ont de toute évidence difficile à se départir⁸³². L'analogie avec la chose jugée est manifeste. Elle n'est toutefois pas heureuse dès lors que son effet - celui de la chose jugée - n'est pas seulement procédural⁸³³.

WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 926, pp. 548 et 549.

⁸³⁰ C'est-à-dire, concrètement, sans devoir arguer de faux. Voy. M. PÂQUES, *op. cit.*, A.P.M., 1996, p. 92, note 29. Add. J. DE BRABANDÈRE, *op. cit.*, *Rev. not. belge*, 1985, n° 17.4, pp. 395 et 396. Pour l'auteur, il n'est pas de cas connu, sauf dans l'éventualité où il existe un texte exprès, où un fonctionnaire, de par son pouvoir de conférer l'authenticité aux actes de l'autorité publique, possède également le pouvoir de conférer l'authenticité aux déclarations et actes des particuliers qui y sont impliqués.

⁸³¹ R.-G. SCHWARTZENBERG a consacré un ouvrage entier à la question en 1969, déjà cité. L'auteur approfondit en quelque sorte la distinction initiée par M. HAURIOU *in op. cit.*, 1911, p. 24, autour de l'idée d'autorité prêtée à tous les actes publics, c'est-à-dire aux jugements et aux lois également : "l'autorité de la chose légiférée, sauf révision des lois, soit par des lois nouvelles, soit par le mécanisme de l'inconstitutionnalité des lois; l'autorité de la chose jugée, sauf révision des jugements; l'autorité de la chose décidée par l'administration, sauf annulation contentieuse *a posteriori*". L'auteur s'attache surtout à circonscrire l'autorité provisoire et l'autorité définitive de la chose décidée.

⁸³² L'ouvrage de R.-G. SCHWARTZENBERG est particulièrement éloquent à cet égard. L'acte administratif est plus comparé à l'acte juridictionnel qu'à l'acte privé (*op. cit.*, 1969, pp. 177 et s.). La résurgence de la théorie du ministre-juge est manifeste à plusieurs endroits, tels p. 43 : l'administrateur jouit de pouvoirs parallèles à ceux du juge; l'administration est de manière générale présentée comme empruntant tour à tour les attributs des actes souverains; p. 121, mais de manière seulement dérivée : l'acte administratif ne peut prétendre bénéficier de la même foi que l'acte législatif ou juridictionnel étant donné son auteur, les formes et l'esprit qui gouvernent son édict; p. 142, l'auteur évoque néanmoins une "ressemblance avec le régime d'exécution de l'acte juridictionnel". À signaler aussi R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 37, et surtout pp. 66 à 69, lorsqu'il met en garde contre le rapprochement parfois donné de lire entre la décision de justice et l'acte administratif exécutoire à l'endroit d'une force de vérité légale, mais sans évoquer l'expression "l'autorité de la chose décidée". Pour l'auteur, le contrôle en règle préalable de la validité des décisions par le juge est seulement reporté *a posteriori* (voy. aussi pp. 103 et 105), avec tous les dangers que cela présente. Add. C. CAMBIER qui prend la peine de souligner la valeur propre qui s'attache "à l'acte d'un pouvoir auquel toute compétence de juridiction manque" (*op. cit.*, T. I, 1974, p. 167, note 52).

⁸³³ À cet égard, en plus de la remarque formulée par R. CHINOT dont il est fait état à la note précédente, voy. G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 321 : l'expiration des délais de recours à l'encontre des décisions exécutoires a un effet purement procédural et non un effet de fond; "elle ne couvre pas la décision d'une présomption de légalité" (comp. M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 88). Il faut certes reconnaître qu'en France les conséquences d'une abstention à contester la validité d'un acte administratif sont plus lourdes qu'en Belgique, de par la dualité de juridiction. Mais il ne s'agit que d'une "immunité procédurale" (R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 11).

La paternité de l'expression est attribuée tantôt à M. HAURIOU⁸³⁴, tantôt et surtout à G. VEDEL⁸³⁵. La formule définitive est vraisemblablement due aux deux auteurs. Elle est séduisante parce qu'elle frappe les esprits. Mais, à l'image de l'adage abordé sous la force exécutoire, elle s'avère en fin de compte assez malheureuse.

Déjà sur le plan terminologique, la "chose décidée" est souvent utilisée comme synonyme de la chose jugée. Ne dit-on pas indifféremment du juge qu'il décide ou qu'il juge ? Le jugement n'est-il pas une catégorie particulière de décision de justice ? Une chose peut aussi être décidée par voie d'accord, que ce soit entre particuliers, voire même avec une autorité.

À l'instar des privilèges, le contenu prêté à l'expression est au surplus variable d'un auteur à l'autre. L'expression remplace parfois le privilège du préalable. Elle est tantôt entièrement consacrée à la force probante⁸³⁶, tantôt agglomérée de plusieurs forces, à la manière des privilèges⁸³⁷.

Comme telle, l'expression sort du champ de l'étude.

D'abord, en effet, elle se rapporte pour l'essentiel à une autre force⁸³⁸.

Ensuite, elle concerne notamment l'acte administratif définitif⁸³⁹, c'est-à-dire l'acte parvenu à un moment de sa vie le plus souvent dépassé lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le privilège.

⁸³⁴ R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 1; J. CHEVALLIER, *in Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1351, p. 1054.

⁸³⁵ En droit français : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 15, p. 753; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 87; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 77; M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 137; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 244; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 150, p. 211; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33 et note 98; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 10 et note 1.

⁸³⁶ En droit français : NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 77 et 78; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, pp. 269 et 270. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33 et note 98; A. VANWELKENHUYZEN, *in ASSOCIATION HENRI CAPITANT*, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 10.

⁸³⁷ Tantôt la force probante est mêlée à - voire dominée par - la force obligatoire : M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 87 et 88 (une force de droit transitoire); J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, pp. 244 et 245; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 34 et 35 (même si référence est faite à R.-G. SCHWARTZENBERG); J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391; J. CHEVALLIER, *in Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 150, p. 211; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 322; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1351, p. 1054. Tantôt la force exécutoire s'ajoute encore aux deux premières forces, à l'image d'une force juridique globale. En droit français : M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 137; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969 (l'essentiel vise la contestabilité de l'acte administratif, mais la force exécutoire est approfondie sous l'autorité provisoire de chose décidée); G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 321 (une autorité moins forte que le jugement, notamment parce que l'exécution forcée est soumise à des conditions limitatives). En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748.

⁸³⁸ Même si, en pratique, la "contestabilité" de l'acte donne au privilège sa réelle mesure.

⁸³⁹ Pour ce qui est de l'autorité définitive de la chose décidée, distinguée de la même autorité provisoire.

Finalement, la définition du privilège requiert un avantage par rapport à la situation commune. Or, la notion ne souligne pas vraiment cet avantage. Elle est plutôt destinée à encourager la comparaison avec la décision de justice, de toute évidence défavorable à l'acte administratif. Certes, il peut être soutenu qu'à l'image imparfaite⁸⁴⁰ de l'autorité de chose jugée, l'expression permet de souligner la force probante particulière de l'acte administratif par rapport à celle de l'acte privé⁸⁴¹. On vient toutefois d'en démontrer l'inconsistance sur le plan juridique.

291. Le renversement de la charge de la preuve et/ou de l'action. Un autre élément lié à la force probante de l'acte, le plus souvent présenté comme tel dans le cadre des privilèges^{842 843} et aussi important que la présomption, est le renversement prétendu de la

⁸⁴⁰ L'autorité de la chose jugée est "le seul effet spécifique des jugements", selon P. GOTHOT, *op. cit.*, R.C.J.B., 1975, p. 556. Le juge est le seul à pouvoir dire le droit : il ne partage pas ces pouvoirs avec les notaires ou les huissiers, ni avec l'administration ou le ministère public. Une seule exception est admise au profit d'une personne privée : l'arbitre. En ce qui concerne l'acte notarié, la force probante ne s'étend qu'au seul *instrumentum* en ce qui concerne la date, l'origine et le contenu personnellement constaté par le notaire, mais non au *negotium*.

⁸⁴¹ L'autorité concernée est la plus souvent située entre celle de chose jugée et celle de l'acte privé (la chose contractée ou convenue ?). Mais elle n'acquiesce jamais ce que l'on peut imaginer par une "force de chose décidée" quasi irréfragable, par comparaison avec la force de chose jugée. L'exception d'illégalité ou la demande de réparation sont encore possibles (mais plus d'annulation). Elle est donc contestable et provisoire - surtout en droit belge - Le caractère définitif n'est en rien synonyme d'incontestabilité. Sans oublier l'abrogation, la modification ou le retrait : l'accomplissement de l'acte administratif n'épuise pas la compétence de son auteur (voy. not. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 252, note 1). Bref, l'acte administratif est un "acte en perpétuel procès et en éventuel devenir". Pour une étude approfondie : R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 3, 11 et surtout 250 et s., y compris par rapport à l'autorité de chose jugée s'amenuisant cependant avec le temps (pp. 209 à 250). En droit français : M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 87 et 88; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 150, p. 211; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 320 à 322; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 322. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 et 1749; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33 et note 98 (impl.); C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251 (la chose décidée appartient à l'opération juridictionnelle); A. MAST, A. ALLEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, 11^e éd., 1989, n° 9, p. 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 8 et 9; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 89, p. 35. Focalisent l'attention en droit français sur la supériorité à l'acte privé : M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 137; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245. À noter que la particularité selon laquelle l'acte administratif adopté peut toujours être supprimé, revu ou corrigé par son auteur, ne trouve pas son fondement dans le caractère unilatéral de l'action administrative. En effet, la décision de justice ne l'est pas. Or, elle est également unilatérale. *Contra* : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 252. Par contre, son fondement peut être trouvé dans la spécialité des attributions de l'exécutif qui sont très différentes de celles confiées au pouvoir judiciaire, et comparables, en revanche et sur ce point, avec celles du pouvoir législatif.

⁸⁴² En droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 61; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 86; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 325, p. 457; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 80; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 269. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33.

⁸⁴³ Il est toutefois donné de lire le lien avec les autres forces. Avec la force obligatoire de l'acte, principalement en droit français : C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 367; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. II, 1992, p. 201. Mais aussi en droit belge : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161. Également avec la force exécutoire de l'acte, au sens large en droit belge : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 105, p. 79. Comme au sens forcé, en droit français : G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180. Et en droit belge : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345 (la dispense de constatation juridictionnelle du

charge de la preuve. Il est en pratique difficilement dissociable d'un autre renversement qui n'est pourtant pas toujours mentionné avec lui (ou l'inverse) et qui est plus timidement relié à la force probante^{844 845} : celui de la charge de l'action.

Or, isoler le renversement de la charge de la preuve revient à semer le doute quant à l'objet de la preuve à rapporter. Cela conduit surtout à tronquer l'angle de comparaison nécessaire à la définition d'un réel privilège. Ce qui explique vraisemblablement pourquoi une partie de la doctrine en est venue à comparer le fardeau de la preuve en termes absolus, plutôt que de considérer l'élément de définition à sa juste valeur. Une telle approche concourt à simuler une différence fondamentale entre les droits privé et administratif. Elle conduit à donner au privilège une apparence de généralité.

droit); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 221, pp. 307 et 308. *Add.* M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82.

⁸⁴⁴ Dans ce sens, en droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 61; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 86; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 80; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 690, p. 291; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97. *Comp.* J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24. *Contra* : J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 368, pour qui c'est la situation de défendeur qui incline à croire à une présomption. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 56, p. 33; A. VANWELKENHUYZEN, in *ASSOCIATION HENRI CAPITANT*, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 318; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 10; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99.

⁸⁴⁵ Mettent le renversement de la charge de l'action sur le compte du caractère exécutoire de manière forcée en droit belge : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345 (la dispense de constatation juridictionnelle du droit); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 221, pp. 307 et 308. *Add.* au sens large M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82. Un nombre important d'auteurs, en revanche, le mettent sur le compte de la force obligatoire de l'acte administratif, à savoir le pouvoir d'action unilatérale. F.-P. BÉNOIT en est un porte-parole significatif : "L'intervention du juge n'aura donc jamais lieu, en matière administrative, qu'a posteriori, après la décision unilatérale de l'administration, celle-ci se trouvant toujours défenderesse devant le juge, le particulier étant toujours demandeur. Il n'y a là qu'une conséquence logique de la valeur juridique des actes administratifs unilatéraux. Certains auteurs anciens ont cru voir là un privilège de l'administration, qu'ils ont désigné sous le nom de "privilège du préalable". En réalité, ce terme ne recouvre aucune notion propre; il s'agit ici du jeu pur et simple de ce que l'on peut appeler le pouvoir de décision unilatérale" (*op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 528, n° 908). Dans le même sens en droit français : C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 34 et 35; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, pp. 367 et 368; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 151, p. 212; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. II, 1992, p. 201; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668 (non sans ambiguïté); J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270. En droit belge : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161.

Une telle opinion peut laisser supposer que l'intervention du juge est nécessaire en droit commun pour la production du droit, ce qui est éminemment contestable, comme il sera montré *infra*, sous la force obligatoire. À ce stade, il doit être remarqué qu'en pratique et en cas de contestation (pour l'essentiel de la validité du droit ou de son interprétation), la saisine du juge incombe généralement au créancier de l'exécution, et non l'inverse, en droit administratif comme en droit privé. En effet, le "simple" pouvoir de décision n'emporte généralement pas la faculté d'exécuter de n'importe quelle manière. Si bien que la seule opposition du débiteur suffit, en pratique, à geler la situation tant que le créancier ne prend pas l'initiative du recours au juge, avec l'intention de se voir autoriser à mettre en branle la force publique afin que triomphe définitivement le droit dans les faits. Ceci sans préjudice des situations concrètes car, en matière d'exécution, le fait détermine souvent les contours du droit. Un fait illustre parfaitement en l'occurrence, celui que, le plus souvent, c'est le défaut du débiteur à s'exécuter de la manière requise, et non le pouvoir de décision, qui conduit à la saisine du juge. Ceci sans qu'il soit nécessaire de voir une présomption de légalité dans ce comportement. *Comp.* dans le premier sens contredit par l'exemple de l'inexécution ou de l'exécution incomplète, J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 368.

292. Une simple conséquence. L'effet concret du privilège étudié ne porte en effet pas sur les règles de la preuve. Pour rappel, le noyau du privilège est la dispense de recourir au juge pour procéder à l'exécution forcée. Dans ce cadre imposé, le renversement dont il s'agit se rapporte donc plutôt à la dispense de devoir établir devant le juge - c'est-à-dire de devoir *prouver* - le bien-fondé de son droit ou de ses prétentions avant d'être autorisé à recourir à la force, comme l'exige, en principe, le droit commun. Avec pour conséquence que seule l'intervention d'un juge est alors en mesure d'empêcher l'exécution forcée, à condition d'en établir le caractère illégal.

Dans ces conditions, il est préférable de présenter le renversement de la charge de la preuve comme une conséquence du renversement de la charge de l'action⁸⁴⁶. Ce que traduit d'ailleurs l'expression assez vague, mais relativement répandue, selon laquelle l'administré, le plus souvent, "prend le rôle de demandeur"⁸⁴⁷ en matière administrative.

Le renversement de la charge de la preuve n'est pas recherché comme tel au moment de dispenser du préalable. Le but est clairement de renforcer et d'accélérer le pouvoir d'action de l'administration⁸⁴⁸. Avec pour conséquence, mais pour conséquence seulement, que l'initiative du recours appartient à l'administré si, d'aventure il décidait de contester l'utilisation faite de la prérogative administrative. Sans aucun doute l'action en justice est la voie ordinaire la plus indiquée pour réagir dans pareille hypothèse. Encore que tout dépende de la situation concrète en pratique. Aussi est-il préférable d'utiliser, par mesure de prudence, l'expression plus générale de renversement de la charge de la réaction entraîné par le recours au privilège⁸⁴⁹.

293. Sa portée sur la preuve. Encore faut-il s'entendre sur la portée concrète du renversement et sur sa pertinence dans l'optique comparative.

En droit commun, la demande et la preuve de son objet sont aussi intimement associées qu'en droit administratif. L'adage *actori incumbit probatio*, consacré à l'article 1315 du Code civil, l'atteste : *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver*. Il y va d'une conception dynamique et volontaire du droit. Le titulaire d'un droit est appelé à le faire valoir.

⁸⁴⁶ Il est parfois donné de le lire en droit français : P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, p. 66, le renversement de la charge de l'action procédant du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, et du privilège de l'action d'office (l'auteur aborde la matière surtout de manière technique, en ce qui concerne les juridictions administratives uniquement : n° 43, p. 73); J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 367; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97. En droit belge : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345, en vertu du principe *actori incumbit probatio*.

⁸⁴⁷ Ou selon laquelle on assure à l'administration la situation plus favorable de défendeur : J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 539. *Contra* : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 55.

⁸⁴⁸ Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250, note 2 : "la véritable portée du privilège du préalable est ailleurs. Ce n'est pas le renversement de la preuve qui est recherché, mais le renforcement et l'accélération du pouvoir d'action".

⁸⁴⁹ Différents scénarios sont en effet possibles, principalement selon la nature de l'obligation et le stade atteint dans l'exécution. Le renversement provient de ce que la force disponible de l'acte va être ou est utilisée et qu'il revient en conséquence à l'administré le soin d'arrêter l'action administrative avant qu'elle ne soit mise en branle ou en cours d'exécution; le cas échéant de demander réparation, une fois l'exécution consommée, lorsqu'un préjudice a été causé de manière illégale.

Dans ce cadre, parler de renversement de la charge de la preuve peut laisser penser que seule la charge est renversée, et non l'objet de la preuve. Or, en pratique, il n'en est rien⁸⁵⁰. Les deux éléments sont étroitement liés. Y compris en droit commun⁸⁵¹ où la question de la charge de la preuve est réputée pour sa complexité pratique et ne peut être abordée que dans une optique dynamique. Il est en réalité très différent de prouver son droit ou une voie de fait.

294. Sa portée sur l'action. En amont, *a fortiori*, l'en va de même en ce qui concerne la charge de l'action. Seule la charge générique de l'action est renversée. Mais l'action considérée n'est plus la même. Elle vise un objectif différent. Souvent même, elle est portée devant un *juge différent*. L'ordre des choses n'est donc pas réellement inversé. Il est véritablement modifié. Or, les expressions utilisées ne permettent généralement pas de le mesurer⁸⁵².

De toute évidence, le justiciable ne demande pourtant pas la même chose au juge selon qu'il est administration ne jouissant pas du privilège, obligée de passer par le juge pour obtenir l'exécution forcée d'une obligation⁸⁵³, ou selon qu'il est administré soutenant que l'administration a agi à tort de manière privilégiée, soit qu'elle ne bénéficiait pas du privilège pour l'action considérée, soit qu'elle n'a pas respecté les conditions posées à son recours. Dans le premier cas, il s'agit d'*obtenir* l'exécution forcée d'une obligation existante; dans le second, de *remédier* à l'utilisation induue de la force⁸⁵⁴.

Cela est particulièrement vrai en France où, le plus souvent, la demande est, au surplus, portée devant un juge différent, avec toutes les conséquences que cela peut comporter. Le juge administratif n'est en effet pas "spécialisé" dans le contentieux de l'annulation comme en Belgique⁸⁵⁵. Il traite également de la responsabilité administrative et de la majeure partie du contentieux de la suspension^{856 857}. Au contraire, l'exécution forcée en l'absence de privilège

⁸⁵⁰ De toute évidence, on imagine mal l'administration tenue d'apporter elle-même la preuve de l'illégalité ou de la voie de fait qu'elle s'approprie à commettre ou qu'elle a commise. Certes, le dossier administratif est important de ce point de vue, notamment parce qu'il est légitime d'attendre qu'il contienne une série de documents obligatoires. Mais tel peut également être le cas dans bon nombre de relations entre personnes privées.

⁸⁵¹ L'alinéa 2 de l'article 1315 du Code civil dispose en effet "Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

⁸⁵² En majorité le renversement de la charge de "l'action". Comp. M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 231, avec l'expression générique "contrôle préalable du juge".

⁸⁵³ Ou la condamnation pénale, le cas échéant.

⁸⁵⁴ La tendance en doctrine traditionnelle sera de présenter cette différence dans le contrôle comme permettant de distinguer fondamentalement les matières administrative et privée. Comp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180 : le juge intervient différemment parce que l'un autorise (en droit commun) et l'autre contrôle (en droit administratif) et pp. 184 à 188. Mais une telle attitude revient à nier le principe selon lequel l'exécution administrative est judiciaire.

⁸⁵⁵ En effet, le contentieux de la suspension ne lui est pas réservé, ni la faculté de prononcer des astreintes dans des conditions, il faut le rappeler, relativement strictes.

⁸⁵⁶ Seule la voie de fait manifeste permet en effet l'intervention rapide et efficace du juge judiciaire.

⁸⁵⁷ Avec cette différence importante par rapport au droit belge qu'une décision individuelle est souvent contestable uniquement devant le Conseil d'État dans un délai assez bref, au risque de voir celle-ci devenir définitive, c'est-à-dire de ne plus pouvoir la contester devant le Conseil d'État. Aussi l'expression convient-elle particulièrement, dans ce cadre, selon laquelle l'administré, le plus souvent en matière administrative, "prend le rôle de demandeur". À noter toutefois qu'au pénal, l'éventuelle sanction du refus d'application reste possible. Et

est en principe demandée au juge pénal, et seulement exceptionnellement au juge civil ou au juge administratif⁸⁵⁸.

En Belgique, la situation est plus nuancée. L'administration s'adressera au juge ordinaire pour obtenir un titre exécutoire. En présence de sanctions pénales⁸⁵⁹, toutefois, elle a le plus souvent⁸⁶⁰ "le choix" entre le juge civil ou le juge pénal. L'administré, quant à lui, s'adressera au juge ordinaire ou au juge administratif pour contester le recours au privilège, selon la matière⁸⁶¹, l'objet véritable de son recours et les circonstances de l'espèce, notamment le stade

en ce qui concerne l'interaction de différentes procédures, le rejet d'un recours en annulation pour tardiveté ne porte pas préjudice à l'éventuelle sanction du refus d'application. L'autorité de chose jugée est limitée à l'annulation, comme relevé *supra*, n° 36, note 115.

858 Sur ce point, voy. *infra*, titre II, n° 392 et s. La voie normale de l'exécution administrative est celle du juge pénal, comme l'a établi ROMIEU dans ses conclusions préc. l'affaire "Immobilière de Saint-Just", le point de départ de toute la procédure étant souvent le procès-verbal dressé au moment de l'infraction. Voy. L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 81, pp. 64 et 65; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 43, pp. 72 et 73; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 122 (en conséquence de quoi l'assimilation à la situation du particulier serait illégitime) et pp. 125 et 126; F.-P. BENOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, pp. 553 à 555, n° 963 à 967 (l'auteur mentionne dans ce sens l'article 539 du Code de procédure pénale, ancien article 161 du Code d'instruction criminelle); C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35, note 53; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104 (la résistance à l'exécution effective des actes administratifs constitue en principe une infraction pénale dans une société libérale); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 157, pp. 220 et 221. *Contra* : L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 9, note 1, pour qui le juge de principe à cet égard est le juge administratif. L'auteur reconnaît toutefois par la suite que la tendance a été de privilégier le juge pénal, d'où l'expression que l'administration "confie au juge l'exécution de ses règlements" (p. 55). Voy. cependant R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 122 et 123 (à 127) : "c'est du recours à la voie pénale qu'il s'agit - ou, au pire, à des voies judiciaires ou à des voies de droit, spécialement prévues et organisées par des textes exprès - et non à l'action civile de droit commun"; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 157, pp. 220 à 222, qui énonce trois possibilités : le juge répressif (d'ordinaire), le juge civil (en présence d'un texte ou d'une exception jurisprudentielle) et le juge administratif (également en présence d'un texte); A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. 1, 13^e éd., 1994, n° 981 et 982, pp. 671 et 672. *Add. J.* MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 142 et s., pp. 208 et s. (de manière générale, l'auteur s'attache à sonder la voie d'exécution optimale pour l'action administrative); C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, pp. 296 et s., n° 698 et s. (privilège de la décision exécutoire), et n° 835 et s., pp. 355 et s. (privilège d'exécution d'office); J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 403 et 404. Il convient de rappeler que le juge civil n'est pas habilité à apprécier la légalité d'un acte administratif en dehors de la voie de fait (l'illégalité manifeste). Ce qui n'est pas le cas du juge pénal devant qui il ne saurait pas être question de traîner. Voy. à cet égard R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 125.

859 La réalité est très diverse à cet égard, et des procédures particulières peuvent être prévues, le cas échéant même devant une juridiction administrative *ad hoc*. En principe, cependant, le recours au juge pénal requiert l'existence d'une infraction pénale. Sans oublier que "le pénal tient le civil en état" (sauf en référé). À défaut d'infraction pénale, la voie ordinaire est celle du juge civil expressément habilité, au terme de l'article 159 de la Constitution, de connaître de la légalité administrative. Voy. not. A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 59, p. 33; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750 (différentes possibilités); M. SOMERHAUSEN, *obs.*, *op. cit.*, R.C., 1964, p. 123.

860 Le juge pénal est parfois imposé, en particulier lorsque la remise en état des lieux est stipulée d'office par la législation, en complément d'une sanction pénale.

861 Dans certaines matières, des voies spécifiques de recours sont en effet organisées, comme en matière fiscale, en particulier. Dans cette matière, il peut même être soutenu que la spécificité du recours tempère le privilège reconnu à l'administration de se délivrer un titre exécutoire à elle-même, en en réduisant l'efficacité à l'incontestablement dû. Des dispositions particulières déterminent en l'occurrence la voie de la contestation, c'est-à-dire le juge, les formes, la procédure et les délais à respecter pour faire valoir son droit (parfois même les règles de la preuve). Par exemple, le recouvrement par voie de contrainte ou d'exécution parée "oblige le redevable, s'il veut résister à l'action, à agir par voie d'opposition et à se porter demandeur" contre l'administration : civ. Bruxelles, 18 juillet 1888, *Rec. gén.*, 1889, n° 11.244, p. 298 et obs. (idr); M. l'av. gén. DECUYPER, concl.

atteint dans l'exécution considérée, qui déterminera aussi le mode de saisine. On ne peut donc pas dire que le juge est toujours identique en droit belge. Mais le pouvoir judiciaire joue indéniablement un rôle très important, surtout en matière d'exécution forcée.

295. Deux écueils à éviter. En somme, il faut éviter deux écueils rencontrés en doctrine.

Premier écueil. Il convient de bien circonscrire le débat au noyau dur des privilèges étudiés, sous peine de prêter une portée beaucoup trop générale au renversement considéré. Le renversement de la charge de la preuve n'est pas la règle en droit administratif, pas plus que celui de la charge de l'action. Le principe reste au contraire le recours au juge pour l'administration lorsqu'elle souhaite obtenir le bénéfice du recours à la force.

Aussi, dans la majorité des cas, la seule résistance de l'administré suffit à paralyser l'action administrative lorsqu'elle n'est pas privilégiée⁸⁶². Point n'est besoin pour lui, le cas échéant, d'intenter une action et de prouver quoi que ce soit. Au contraire, même, la seule obligation alors existante en matière de preuve incombe à l'administration à travers la motivation formelle des actes administratifs⁸⁶³.

Deuxième écueil, lié au premier. La tendance à généraliser - mais aussi le système français - conduit à comparer la charge de la preuve devant le juge administratif à celle devant le juge ordinaire en termes absolus, comme si un privilège particulier était susceptible d'entrer en ligne de compte à cet endroit. C'est oublier une fois de plus le cadre imposé par le noyau du privilège. C'est donner à l'élément de définition une existence propre, indépendante de ce cadre⁸⁶⁴. C'est surtout s'évertuer à voir partout une différence nécessaire à l'épanouissement du

préc. Cass., 17 avril 1840, *Par.*, 1840, I, 370. L'opposition est la seule voie ouverte au contribuable pour saisir le tribunal compétent. Avant l'acte de contrainte, à l'époque, l'autorité judiciaire ne pouvait pas être saisie. Voy. à cet égard *infra*, n° 548 et s.

862 Le renversement de la charge de l'action rejoint sur un point l'adage déjà critiqué sous la force exécutoire (sp. n° 254). Ensemble, ils laissent penser que la seule voie permettant de combattre l'illégalité administrative est la voie juridictionnelle. En pratique, pourtant, les rapports avec l'autorité publique doivent conduire au même pragmatisme qu'en matière privée. Certes, les obligations administratives sont souvent assorties de sanctions pénales et administratives à l'effet dissuasif. Mais des dispositifs analogues existent en droit privé, par exemple la clause pénale. Elles ont en commun qu'elles doivent être proportionnées au comportement sanctionné. En présence d'une illégalité flagrante ou certaine, il est par conséquent indiqué de contester en prenant garde de se ménager des preuves. La voie de la contestation peut être le refus d'obtempérer opposé à l'administration, si les conséquences de ce refus ne sont pas dissuasives, ou la saisine du juge dans le cas contraire. Dans la réalité, le conseil sera relatif selon la nature de l'obligation, la voie de fait commise et les sanctions prévues. Il va de soi que recevoir à domicile un extrait de rôle contesté n'est pas comparable au fait de se trouver en face de gendarmes déterminés à utiliser la force.

863 L'obligation récemment imposée de motiver formellement les actes administratifs unilatéraux s'apparente en effet à une règle particulière liée au droit de la preuve. En pratique, elle facilite la tâche de l'administré lorsqu'il souhaite contester. Tel est également le cas de la règle imposant la mention des voies de recours sur l'acte individuel, en l'absence de quoi le délai de recours devant le Conseil d'État ne commence pas à courir.

864 Même si d'une certaine manière la question de la preuve est liée à l'absence d'effet suspensif du recours au juge. Comp. G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 475 et 476. Selon l'auteur, la décision de justice peut comporter un effet suspensif de l'exécution de l'obligation administrative. Il ne s'agit toutefois pas d'une exception au privilège du préalable car on se situe au-delà de la saisine du juge. Et pour en arriver là, la preuve doit avoir été rapportée.

droit administratif par rapport au droit privé. Avec ce résultat étonnant qu'après mûre réflexion, la comparaison peut déboucher sur une solution inverse à celle attendue.

296. Comparaison. Aujourd'hui, il est en effet à peu près unanimement reconnu, en doctrine⁸⁶⁵ et en jurisprudence⁸⁶⁶, que la charge de la preuve est généralement moins lourde pour l'administré devant la juridiction administrative que pour le particulier devant le juge judiciaire. L'explication de ce traitement de faveur est généralement trouvée dans la procédure de type inquisitoire retenue devant le juge administratif⁸⁶⁷.

865 Comp. déjà M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 352 ainsi que 374 et 375, note 2. En droit français : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 234; P. PACTET, *op. cit.*, 1952; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, pp. 208 à 211, n^{os} 134 et 135; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n^o 325, pp. 457 et 458; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 82 et 83; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. II, 1992, pp. 201 à 205; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n^o 97; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n^o 97 et renvoi; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 180, 521 et 522 (nuancés); C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 269 et pp. 582 à 588. En droit belge : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250, note 2 (une vue dépassée); A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 318 et 319; C. LAMBOTTE, *op. cit.*, 1987, p. 17; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n^o 628, pp. 563 et 564. Add. M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, pp. 82 et 83; P. MARTENS, "La peur du juge", in *Jeune barreau de Liège*, *op. cit.*, 1990, p. 251. Rem. J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n^o 221, p. 308 et note 1 : l'auteur souligne le renversement du fardeau de la preuve devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, la procédure étant inquisitoire devant le Conseil d'État.

866 Arguant du principe de l'État de droit et du principe de spécialité, la Haute juridiction administrative belge a estimé illégale la décision qui va directement à l'encontre d'une règle en vigueur, mais aussi celle dont le fondement en droit ou en fait ne peut être déterminé et dont la preuve que l'autorité pouvait effectivement prendre cette décision est dès lors impossible à apporter. Avec cette considération éclairante en ce qui concerne la charge de la preuve : "si la légalité d'une décision unilatérale prise par l'autorité sans recours préalable au juge et directement exécutoire, est attaquée devant le Conseil d'État, c'est à l'autorité qu'incombe la preuve qu'elle a pu prendre légalement la décision attaquée". En l'espèce, "à peine de contribuer à éluder la loi, le Conseil d'État ne peut maintenir une nomination dont la légalité est contestée et qui ne peut s'autoriser positivement des dispositions de la législation linguistique" : C.E., Van Hassel, n^o 17.159, 16 septembre 1975, *Rec.*, 1975, pp. 767 et 768. Dans un sens apparent : C.E., Commune de Schoten, n^o 8.477, 7 mars 1961, R.A.A.C.E., 1961, p. 240 (il échut d'inférer du refus de fournir des précisions sur les motifs de la décision qu'elle n'est pas fondée sur un motif légalement admissible); C.E., Craps, n^o 12.187, 27 janvier 1967, *Rec.*, 1967, p. 107 ("même si sa décision demeure exécutoire jusqu'à son éventuel retrait ou son éventuelle annulation"); C.E., Union professionnelle de la navigation fluviale et rhénane, n^o 12.347, 25 avril 1967, R.A.A.C.E., 1967, p. 419 (le Conseil d'État n'est pas à même de vérifier si la condition légale a été remplie); C.E., a.s.b.l. Fédération nationale belge des transporteurs routiers et crts, n^o 12.447, 9 juin 1967, R.A.A.C.E., 1967, p. 569; C.E., Wéry, n^o 13.741, 16 octobre 1969, R.A.A.C.E., 1969, p. 874; C.E., Carmans, n^o 22.140, 23 mars 1982, R.A.A.C.E., 1982, p. 575; C.E., s.a. De Bruyn, n^o 47.051, 28 avril 1994, A.P.M., 1994, p. 95. Comp. D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n^o 284, p. 468.

867 Comp. cependant Cyr CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 363 et note 2. L'auteur fait état d'une inégalité des forces en présence dans le contentieux administratif impliquant un rôle plus actif du juge ne disposant souvent que des informations que l'autorité administrative veut bien leur fournir et n'osant pas recourir aux procédés d'administration de la preuve que le Code de procédure civile organise par la conception erronée qu'il se fait du principe de la séparation des pouvoirs. Pourtant, les conditions posées pour permettre au juge de statuer en référé semblent moins lourdes devant le juge judiciaire. Un sérieux inconvénient semble parfois suffire devant les cours et tribunaux, tandis que le risque d'un préjudice grave, difficilement réparable, résultant de l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement est exigé devant le Conseil d'État. Le cas échéant, le fardeau de la preuve pèse plus ou moins lourdement sur les épaules du citoyen, selon le juge saisi. À noter que des exceptions peuvent être prévues, comme en matière fiscale. Voy. M. DASSESSE, P. MINNE et R. FORESTINI, *Droit fiscal. Principes généraux et impôts sur les revenus*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 214.

Une telle représentation doit être relativisée. Car le principe de la procédure inquisitoire - tout comme celui du renversement de la charge de la preuve - suppose une conception radicalement unilatérale de l'administration de la preuve qui ne correspond pas avec la réalité.

D'une part, en effet, le défendeur est généralement tenu de collaborer à l'administration de la preuve, en droit privé comme en droit administratif⁸⁶⁸. Il s'agit d'une obligation placée sous le contrôle du juge. Ce dernier dispose à cet effet d'une série de prérogatives⁸⁶⁹.

D'autre part, cependant, la collaboration fait généralement l'objet d'une attente particulière à l'égard de l'administration⁸⁷⁰. Devant le juge administratif, cette attente se traduit par une série d'éléments de procédure. De manière générale, ces éléments tiennent compte de ce que l'administration seule est susceptible d'être en possession du dossier administratif complet du requérant, dont elle pourrait être tentée d'éluder les éventuelles pièces compromettantes. Aussi est-elle tenue de déposer l'ensemble du dossier devant le Conseil d'État⁸⁷¹. Le dépôt se réalise sous le contrôle de l'auditorat, investi d'importantes prérogatives lorsque les conditions de recevabilité sont remplies. Notamment celle de demander la production d'une pièce dont il connaît l'existence, mais que l'administration omet de produire ou tarde à retrouver⁸⁷². Il en va ainsi, le plus souvent, des actes obligatoires ou de ceux commandés par une pratique établie.

868 G. de LEVAL et A. KOHL, "Aspects actuels de la bonne foi en droit judiciaire privé. L'obligation de bonne foi en matière d'allégations et de réception des preuves dans le droit civil", in S. DAVID-CONSTANT (prés.), *La bonne foi*, Actes de colloque, Éd. du Jeune barreau de Liège, 1990, pp. 409 à 445. Voy. aussi P. VAN LEYNSEELE et M. DAL, "Pour un modèle belge de la procédure de discovery", *J.T.*, 1997, pp. 225 à 232. Pour une application du principe selon lequel l'initiative de la preuve par le demandeur est effectivement tempérée par l'obligation de collaborer à son administration, voy. Bruxelles, 27 octobre 1995, *J.T.*, 1996, pp. 284 et 285.

869 En matière civile, cependant, le rôle du juge est en principe limité au contrôle des prétentions des parties. Mais il n'est pas nécessairement passif. Il peut notamment ordonner d'office certaines mesures d'instruction, dans les limites de la contestation dont il est saisi, et fonder sa décision sur les éléments de fait qui en résultent. Voy. les articles 877 et s. du Code judiciaire, de même que Cass., 15 juin 1967, *Pas.*, 1967, I, 1228. Rien n'empêche au demeurant une des parties de demander qu'un document vraisemblablement détenu par l'adversaire soit versé au dossier.

870 C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250, note 2. Rem. P. GÉRARD, "Les spécificités de la procédure administrative", in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, n^o 8, p. 387, établissant que le refus de collaboration de l'administration peut entraîner l'accueil du recours, à défaut pour le Conseil d'État de pouvoir contredire le requérant. Comp. à cet égard les concl. du proc. gén. P. LECLERCQ, alors pr. av. gén., préc. Cass., 16 décembre 1920, *Pas.*, 1921, I, 65, ici 70. Le magistrat assimile déjà l'illégalité à une faute. "La situation juridique différente du particulier et de l'administration amène une distinction dans la technique de l'exercice de l'action en responsabilité. (...) Quand l'auteur du dommage est l'administration, la lésion émane de qui ne peut rien, à moins qu'une loi ne lui donne le pouvoir d'agir; par suite, à défaut de cette loi, l'acte est illicite. La victime du dommage n'aura dès lors à prouver que la réalité de celui-ci; ce sera à l'administration qui, en principe, ne peut agir, à démontrer qu'une loi lui a donné le pouvoir d'agir, comme elle l'a fait, quand elle a causé le préjudice dont réparation est demandée". Tel n'est pas le cas lorsque l'auteur du dommage est un particulier. La victime doit en effet prouver, en plus de la lésion, qu'elle résulte d'un acte commis en violation du droit. En somme, "la situation se renverse" à cet égard lorsqu'il s'agit de l'administration. Une telle description est cependant faussée et pèche par excès contraire. Car encore faut-il que le comportement considéré ne s'inscrive pas dans les relations communes entre particuliers. Auquel cas la situation doit être considérée comme rigoureusement identique.

871 Rem. à cet égard M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 581 : la charge repose plus sur le requérant dans le recours en suspension que dans celui en annulation, compte tenu des délais de procédure et des difficultés (souvent) rencontrées par la partie adverse de déposer un dossier administratif complet.

872 Voy. les articles 16 et s. de l'arrêt du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État.

La procédure inquisitoire est la règle en France comme en Belgique, où il faut cependant garder à l'esprit la voie judiciaire autorisée, y compris en matière administrative, pour autant que la demande vise la protection d'un droit civil. On peut certes en conclure à nouveau au rapprochement des deux disciplines, cette fois en matière de preuve. Néanmoins, l'attente particulière à l'égard de l'administration ne disparaît pas pour autant devant le pouvoir judiciaire. Son appréciation est au contraire plus subjective.

297. Les principaux enseignements. En somme, la charge de la preuve est loin de constituer un privilège pour l'administration, dans un cas comme dans l'autre. Parfois même, elle est perçue comme une sujétion⁸⁷³. Le renversement est alors inverse à celui traditionnellement soutenu.

M. LEROY, par exemple, va jusqu'à soutenir l'existence d'une "véritable présomption d'illégalité"⁸⁷⁴ dans le chef de l'acte administratif. Au minimum la charge est-elle perçue comme équivalente à celle requise dans un litige entre particuliers.

On rejoint, à cet endroit précis, la présomption de légalité dont on a montré qu'elle n'est pas privilégiée dans le chef de l'administration et qu'elle dépasse largement l'enjeu pourtant précis des privilèges, tout comme l'authenticité des actes administratifs.

Une conclusion s'impose, en conséquence. Il s'agit d'écarter tous les éléments liés à la force probante de la définition des privilèges. Notamment parce que, en cas de maintien, leur généralité peut favoriser le sentiment abusé de privilèges généraux en matière d'exécution forcée administrative.

⁸⁷³ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 135, p. 211.

⁸⁷⁴ M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 337. L'expression est déjà utilisée par E. LANCKSWERDT, *op. cit.*, 1993, n° 39, p. 24. *Add.* B. JADOT, obs. sous Bruxelles (réf.), 23 novembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 415, n° 9, à propos d'un permis de bâtir suspendu pour être attaqué devant le Conseil d'État du temps où le contentieux de la suspension n'existait pas devant lui : en référé, la présomption de légalité est inopérante; D. LAGASSE, in Jeune barreau de Liège, *op. cit.*, 1987, n° 3, p. 114 (et n° 17, p. 133), en lien avec l'arrêt "Craps" cité ci-dessus et compte tenu du caractère inquisitoire de la procédure devant le Conseil d'État : "la présomption de régularité de l'acte administratif disparaît à partir du moment où il se trouve contesté devant un juge". Comp. P. LECLERCQ, concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 224 : lorsque l'appréciation apparente du gouvernement n'est pas conforme à la loi, elle "n'est plus la vérité légale et ne lie plus personne"; civ. Liège (réf.), 8 décembre 1986, *J.T.*, 1987, p. 132; E. LANCKSWERDT, *op. cit.*, 1993, p. 10, n° 8, pp. 16 et 17, n° 21 et 22 (la présomption est renversée, même provisoirement). Quant à P. LEWALLE, il refuse de conclure à un renversement pur et simple de la charge de la preuve en faveur de l'administré (!) en rappelant que l'initiative doit tout de même venir du requérant par des commencements de preuve (*op. cit.*, 1997, n° 3, pp. 551 et 552; *add.* n° 436, p. 705). Le lien est étroit entre la présomption et l'apparence de légalité, voire d'illégalité. Comp. not. civ. Namur (réf.), 31 juillet 1996, *J.T.*, 1996, p. 802.

c. La force obligatoire

298. Introduction. Au titre de la force obligatoire, aussi, il fallait s'attendre à ce que le mode unilatéral d'intervention publique soit rapproché du privilège de l'exécution provisoire et, en particulier, de l'intervention du juge dont l'administration se trouve dispensée.

En droit français, la simple observation commande en effet une corrélation évidente entre le privilège et le type d'actes principalement concernés, à savoir l'acte administratif unilatéral.

Concrètement, cela se traduit, dans les traités et les précis, par l'étude du ou des privilège(s) au moment d'aborder les actes unilatéraux^{875 876}, par la mention expresse de l'acte unilatéral

⁸⁷⁵ Les actes administratifs unilatéraux ou, ce qui revient au même, les décisions (administratives) exécutoires (la notion, le régime, autre). En droit français, dans le premier groupe : C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (pp. 1 et 2); C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 741 et s. : l'auteur étudie le privilège au titre des problèmes de l'exécution des normes administratives unilatérales; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 59 à 62 (impl.) et 141; M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, le titre; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, pp. 527 et 528, n° 907 et 908 ainsi que pp. 550 et s., n° 955 et s.; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 13 et s.; R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, pp. 103 et 104; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 401 à 407. Dans le deuxième groupe : comp. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 10, 350 et s.; R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 225; M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 9 et 10, 18, 231 à 235 et 239 à 243; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 734, p. 501; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 20 et s. et 57 et s.; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, titre et p. 1; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, pp. 16 à 18, n° 21 à 23; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, pp. 244 à 246 (les deux); C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, pp. 290 et 291, n° 688 à 690; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 34 à 36; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 391 et 403 à 406 (les deux); J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, pp. 367 et 368; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, pp. 84 et surtout 109; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, pp. 60 à 63, sous le "privilège de l'unilatéralité" (!); P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28 et p. 272, n° 706; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, pp. 206 et s., n° 147 et s.; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3 (les procédés du droit administratif); F. SATCHIVI, *op. cit.*, *L.P.A.*, 7 septembre 1990, pp. 13 à 24; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 233 et s.; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 37; G. DARCY, *op. cit.*, *A.J.D.A.*, 1994, p. 665, note 20; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 23 et 24, ainsi que pp. 65 à 67; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, pp. 92 à 95, n° 97 à 100; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 177 à 194; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1351, p. 1054; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 322; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, pp. 269 à 273. *Add.* J. BRETHER de La GRESSAYE, in *Etudes offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 308; G. KOUBI, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1990, p. 1497.

⁸⁷⁶ En droit belge, dans le premier groupe : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, pp. 32 à 34, n° 56 à 60; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 27, p. 33 ainsi que n° 12, p. 21 et p. 26, n° 19; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 249 à 251 (une théorie générale des actes unilatéraux); A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, pp. 126 et 127. Dans le deuxième groupe : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, ne fût-ce que par le titre de l'article; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 209, p. 159; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 376 et 377, pp. 343 à 348; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 193, pp. 263 et 264, et n° 220 à 222, pp. 307 à 310 (la décision exécutoire est au centre des pouvoirs de l'administration étudiés); G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 474 à 477; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 8 (impl.); M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, n° 68, pp. 87 et 88 (la question de l'exécution d'office relative à l'acte unilatéral de type I); J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265 en ce qui concerne le pouvoir d'exécution d'office et impl. p. 365 en ce qui concerne les deux privilèges; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 832; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 6, pp.

comme un des éléments définissant le privilège⁸⁷⁷ ou parfois même par le rattachement explicite des privilèges à l'action unilatérale⁸⁷⁸.

299. Un privilège en soi. Certains auteurs, dans des nuances parfois difficilement perceptibles, vont parfois jusqu'à définir le pouvoir de décision unilatérale⁸⁷⁹ ou d'action unilatérale⁸⁸⁰, le privilège du préalable⁸⁸¹, de l'action unilatérale⁸⁸², de la décision

3 et 4, pp. 31 à 36, n° 80 à 90, sp. p. 31, n° 80 à 82 et p. 34, n° 88, et n° 173, p. 65.

⁸⁷⁷ En droit belge : W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45 (impl.); A. MAST, A. ALÉN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 2, p. 5 et n° 7 à 9, pp. 6 à 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 2, p. 5 et n° 7 à 9, pp. 6 à 9 (l'acte unilatéral et la décision exécutoire); P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, pp. 98 et 99 (les décisions unilatérales exécutoires); R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, p. 17, n° 42. Parfois avec ambiguïté, notamment à travers l'expression décision exécutoire (comp. en droit français C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 20, pp. 703 et 704).

⁸⁷⁸ En droit belge : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 249 (les privilèges "qui en fixent la portée"); du même auteur, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 138 ("qui assurent à l'exercice de la puissance publique son efficacité"). En droit français, rem. M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 192 : "le caractère fondamental de la technique unilatérale réside aujourd'hui beaucoup plus dans la force juridique concrétisée par le respect dû à l'acte (et par les moyens permettant de le faire respecter) que dans son caractère proprement unilatéral".

⁸⁷⁹ En droit français : F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, le titre et pp. 10 et 11; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 865, pp. 507 et 508; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 596. En droit belge : A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 33, p. 35 et p. 52, n° 49; comp. P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21 : le droit de décider par voie unilatérale, d'imposer des obligations juridiques.

⁸⁸⁰ En droit français : G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 178. En droit belge : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 238 et *op. cit.*, T. I, 1974, p. 135.

⁸⁸¹ En droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 59 et 60 (une "force juridique particulière"); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 84 à 88; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 34; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 391 et 403 (avec la présomption); P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 150, pp. 210 à 212 (l'auteur préfère l'autorité de la chose décidée); R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOUILLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, pp. 103 et 104; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 245; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 37 (défini comme un pouvoir d'action unilatérale); G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, note 20; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, pp. 16, 43 et 44; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 23 et 24; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 322; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270. Voy. aussi J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 323; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 329. Comp. A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668 (il vise le pouvoir de prendre des décisions exécutoires, mais dans la perspective précise de réaliser ses droits, distinctement de l'unilatéralité). Add. J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 301 et 302 et, dans le même ouvrage, R. DRAGO, p. 305; G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1497. En droit belge : M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 8. Comp. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, comp. n° 189, p. 148 et n° 210, p. 161, confirmation n° 432, p. 339 : l'auteur distingue le privilège des actes unilatéraux (la création unilatérale d'effets de droit) et le privilège du préalable, sorte d'obligation non suspensive; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 : la force juridique particulière (obligatoire et probante) est distinguée du caractère unilatéral de l'acte. Add. M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82.

⁸⁸² En droit français : M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, p. 1; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 69 et 401.

exécutoire⁸⁸³ ou celui de l'action d'office⁸⁸⁴ ou directe⁸⁸⁵, principalement sur cette base, aux côtés de l'exécution forcée ou d'office.

Une telle pratique prête déjà moins à confusion que la réunion de toutes les forces au sein du même privilège^{886 887}. Elle présente néanmoins une forte ambiguïté à travers le terme exécutoire, utilisé pour désigner souvent la force obligatoire de la décision, mais aussi parfois son caractère exécutoire avec ou sans recours possible à la force. Il n'est dès lors pas toujours facile de déterminer le sens donné à l'expression. Elle est fréquemment associée à des institutions comme l'absence d'effet suspensif ou la présomption.

300. Le lien "pratique" entre l'acte unilatéral et le privilège. On peut s'interroger sur le bien-fondé de la pratique consistant à identifier un privilège lié à l'exécution forcée à l'endroit de l'acte unilatéral. En effet, il a été montré que le recours à l'exécution forcée sans l'autorisation préalable du juge procède principalement de la loi, et subsidiairement de conditions strictes élaborées par la jurisprudence. N'est-ce dès lors pas pour une question de coïncidence purement quantitative que le privilège est associé à l'action unilatérale, sans pouvoir l'y assimiler ? Voire pour une raison purement contentieuse, parce que la juridiction administrative française n'est compétente que pour cette catégorie d'actes, y compris lorsqu'elle fixe les conditions du privilège.

Il n'entre pas dans l'intention de vérifier l'existence d'un réel privilège à l'endroit de l'action unilatérale dans le chef de l'administration⁸⁸⁸. Une telle entreprise, ajoutée à celle retenue, relève de l'impossible, tant le problème nécessite d'amples développements qui ne sont pas indispensables au traitement du sujet retenu. Mais force est de mentionner qu'une partie de la

⁸⁸³ Comp. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 350 : le pouvoir de décision exécutoire. En droit français : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 9 et 10, 18 et 239 (avec ambiguïté); C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 290, n° 689; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 60; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, p. 14; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 233. En droit belge : M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 8; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, pp. 98 et 99.

⁸⁸⁴ En droit français : G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 234; G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, note 20.

⁸⁸⁵ En droit belge : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 249.

⁸⁸⁶ Ou au sein de la notion de décision exécutoire : NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 25 à 27. En ce qui concerne le privilège du préalable, l'auteur opère le constat p. 37 que trop souvent "privilège quant à la réalisation des droits et privilège quant à l'exécution de ces droits, en somme pouvoir d'édicter des normes et pouvoir d'exécuter ces normes sont confondus sous la dénomination "privilège du préalable"". Dans le même sens : G. DUPUIS, *op. cit.*, 1962, T. I, n° 84, p. 134 et T. II, p. 422, n° 303. Dans le cas, voy. par exemple M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 15, sans que le privilège soit mentionné. Comp. F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 104, p. 78 : l'auteur expose la production unilatérale d'effets de droit sous le titre de l'exécution des décisions administratives, en prélude aux privilèges.

⁸⁸⁷ Mais elle ne résout pas nécessairement la concentration de différentes forces sous le privilège du préalable. Cons. not. F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 62 : "Privilège du préalable, présomption de légalité, force obligatoire, effet non suspensif du recours pour excès de pouvoir traduisent un même phénomène : la possibilité pour l'administration de modifier unilatéralement l'ordre juridique (...) par la création unilatérale d'obligations".

⁸⁸⁸ Il s'agit de la faculté reconnue à l'administration de créer des obligations juridiques à charge des administrés au moyen d'actes spontanés et unilatéraux. Autrement dit du "pouvoir d'action unilatérale" tel qu'il a été formulé par plusieurs auteurs aux côtés du privilège de l'exécution d'office.

comme le système belge, sauf à maintenir artificiellement une dualité fondamentale de régimes. Or, en droit privé, le mode de création du droit importe peu en ce qui concerne l'exécution forcée⁹⁰¹. *A priori*, il devrait en aller de même en matière administrative.

En bref, l'important est qu'il n'y a pas de lien déterminant entre l'acte unilatéral et le privilège lié à l'exécution forcée. Des auteurs⁹⁰² comme R. CHINOT⁹⁰³, C. SIRAT⁹⁰⁴, C. EISENMANN⁹⁰⁵, NGUYEN VAN BONG⁹⁰⁶, G. DUPUIS⁹⁰⁷, F. MODERNE⁹⁰⁸, F.-P.

compétence judiciaire. Seuls les actes unilatéraux relatifs à l'exercice de compétences administratives sont du ressort administratif. Par ailleurs, la compétence du Conseil d'État français est parfois légalement étendue à des contrats administratifs déterminés.

900 À noter qu'une différence (imparfaite) de sanction peut être risquée en droit français selon l'illégalité de la décision ou celle de son exécution forcée : l'excès de pouvoir ou la voie de fait (si l'illégalité est manifeste), selon le cas. Voy. C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (pp. 11 et s.).

901 Déjà en ce qui concerne la force obligatoire, le pouvoir d'action unilatérale, s'il constitue un privilège, concerne la forme et non la force. Comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 13.

902 Comp. déjà L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 12, p. 142 : "la norme sociale même devenue règle de droit ne trouve pas le principe de sa force obligatoire dans l'emploi de la contrainte; elle l'avait auparavant; la contrainte ne la lui donne pas; elle la sanctionne; et cela est tellement vrai que, comme on le verra dans la suite de l'ouvrage, la règle de droit s'impose aux gouvernants comme aux simples particuliers, aux gouvernants qui détiennent cependant le monopole de la contrainte".

903 R. CHINOT, *op. cit.*, 1945. "Là n'est pas la question". Il s'agit d'une "équivoque qui risque d'obscurcir le problème" (p. 35). "Sur le terrain du fait comme sur le terrain du droit, il y a une abîme entre avoir un droit et pouvoir le réaliser" (p. 37). L'auteur dénonce la confusion chez M. HAURIOU. " (...) si l'administration peut bien créer son droit, elle ne possède pas la faculté de lui conférer force de vérité légale, même à titre provisoire, en dehors des cas précis où la loi lui donne compétence à cet effet" (p. 67).

904 C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1 et note 4) : s'il est du devoir des administrés de se soumettre aux décisions obligatoires, "leur inobservation n'octroie point, *ipso facto* à l'administration, compétence pour réaliser leur contenu par la force".

905 L'auteur se défend d'assimiler normes posées unilatéralement par l'administration, d'une part, et normes de prescription aux administrés, d'autre part, comme le fait la doctrine classique par une sorte de propension inconsciente à songer à l'État comme à un État gendarme. En effet, un pouvoir "autoritaire" peut être un pouvoir de créer des normes "non autoritaires" ("permettantes") pour des tiers. L'expression "décision exécutoire" voile cette dimension administrative en même temps qu'elle assimile au surplus l'acte unilatéral à l'exécution forcée contre les administrés. "Là se trouve la principale raison que je vois de critiquer la "théorie de la décision exécutoire", de la regretter et de la rejeter" (C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-60), n° 12, p. 751; il s'agit d'une confusion du genre et de l'une de ses espèces ou variétés). Voy. aussi n° 25, p. 763, au terme de l'analyse de l'arrêt "Immobilier de Saint-Just" : "le pouvoir d'exécution forcée n'est nullement un "pouvoir général extralégal" de l'administration. Et, par conséquent, il faudrait renoncer à donner ce "privilège de l'exécution d'office administrative" ou "action d'office" comme une donnée fondamentale, allant de plein droit, de pair avec les pouvoirs normateurs unilatéraux, ceci en vertu d'une règle de droit jurisprudentiel et commun".

906 NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 33 : "le problème du caractère exécutoire des décisions administratives ne peut être bien compris et abordé avec suffisamment de clarté qu'à partir du moment où seule l'exécution est en jeu, où tout ce qui n'est pas exécution est éliminé" (d'où la "tâche de purification" nécessaire).

907 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 134, n° 84. Plus exactement, l'auteur scinde les deux questions dans une étude consacrée aux privilèges de l'administration. Add. J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, sp. pp. 59 à 63; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, pp. 13 à 24.

908 F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 60 (et 62) : "sur le plan des principes, rien à voir". Add. pp. 155 à 160 et 164, où la confusion est constatée chez de nombreux auteurs classiques, et dont l'origine est imputée à M. HAURIOU chez qui obligation et coercion sont liées de façon quasi indissoluble, confondant ainsi des champs d'application très différents : "les conceptions d'HAURIOU sur l'exécution des décisions administratives sont assez floues" (p. 164).

BÉNOIT⁹⁰⁹, l'ont apparemment bien compris. Ils évacuent d'entrée de jeu la force obligatoire dans leur étude du privilège⁹¹⁰ afin d'éviter toute confusion entre des catégories d'actes différentes⁹¹¹. Ils soulignent de la sorte, et par la même occasion, le caractère inadéquat de la notion classique de décision exécutoire.

302. Des amalgames à éviter. L'intérêt de bien séparer les deux questions est évident. Il s'agit d'éviter une série d'amalgames.

D'abord parce qu'à l'instar de la présomption ou du sursis, le champ d'application de l'action unilatérale est nettement plus large en matière administrative que celui du privilège. Confondre les notions revient par conséquent à donner l'illusion que le privilège lié à l'exécution forcée a également une portée générale, ce qu'il convient d'éviter à tout prix. Aussi, lorsque l'action unilatérale constitue le noyau dur du privilège du préalable, il est préférable de le dissocier clairement de celui de l'exécution d'office, même si c'est contraire à la tradition.

Ensuite, les critères de définition sont très différents d'une force à l'autre, et justifient en conséquence une étude séparée. Le critère de l'unilatéralité est la dispense du consentement d'autrui, tandis que celui lié à l'exécution forcée est la dispense de l'intervention du juge pour

909 F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 907, p. 527 : le pouvoir d'action unilatérale "ne signifie nullement que si un particulier refuse de respecter les dispositions d'une décision administrative, les autorités administratives pourront de leur seule volonté procéder à des mesures d'exécution forcée, à des mesures de contrainte. (...) Le problème de la valeur juridique de l'acte administratif unilatéral et celui de son exécution forcée ne doivent pas être confondus". À cet égard, l'expression décision exécutoire est dangereuse car elle conduit à penser "que tout acte administratif unilatéral a non seulement valeur juridique en lui-même, mais constitue un titre d'exécution forcée permettant à l'administration, en règle générale, de recourir à la force de sa seule volonté, ce qui (...) est contraire à la réalité" (p. 528). Add. not. R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104 : les auteurs distinguent nettement les "effets juridiques" des "modalités d'exécution de l'acte".

910 Ou l'inverse, lorsque l'ordre à exécuter est étudié et par conséquent purgé de la question de l'exécution d'office, comme chez M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, n° 68, p. 87.

911 Ce n'est pas l'attitude choisie par M. WALINE, sans pour autant verser dans la confusion entre les trois forces qu'il distingue systématiquement (*op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, surtout n° 22, pp. 16 et 17, de même que pp. 548 et 549, n°s 925 à 927). En droit belge, on mentionnera dans le même sens A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, pp. 6 et 7, n°s 7 à 9 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, pp. 6 à 8, n°s 7 à 9, sur lesquels se fonde S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 14 pour dissocier forces obligatoire et exécutoire au sens du Code judiciaire : la circonstance qu'une décision administrative unilatérale oblige le citoyen sans son consentement ne signifie toutefois pas pour autant que l'administration puisse procéder elle-même à l'exécution forcée. Séparent les questions obligatoire et exécutoire en en faisant deux privilèges distincts : not. P. WEILL, obs. sous C.E., Ville de Nice, 20 avril 1956, A.J.D.A., 1956, pp. 266 et 267; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 83 et 84. Comp. aussi J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPTANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 300 à 302. L'auteur critique la mention du privilège du préalable parmi les exceptions au principe selon lequel "Nul ne peut se faire justice à soi-même" parce que "Se faire justice" implique au contraire non seulement l'idée d'exécution inséparable du verbe faire, mais encore l'exécution personnelle d'une prétention susceptible d'être fondée en droit ou que le droit aurait dû reconnaître ou protéger". Or, à son estime, le privilège opère sur le plan de la création des droits. Il "ne concerne ni la justification ni l'exécution des droits. Il porte sur leur constitution et l'on peut se demander ce qui est en lui le plus remarquable du caractère préalable ou du caractère unilatéral. (...) Si l'administration ne tenait pas de la souveraineté la faculté de créer unilatéralement du droit, si elle devait s'astreindre comme les particuliers à la nécessaire collaboration avec autrui, le "préalable" se trouverait *ipso facto* ramené à néant".

l'autoriser. Confondre les deux problèmes conduit tout droit au risque de mélanger non seulement les catégories d'actes concernés, mais aussi les critères de définition.

On en arrive à soutenir, par exemple, que le privilège consiste dans la dispense de quelque chose qui n'est pas nécessaire à l'exécution forcée, en l'occurrence le consentement d'autrui. Ou inversement, que l'intervention du juge est nécessaire à la production de normes ou d'un effet de droit, ce qui ne correspond pourtant pas à l'état actuel du droit.

En effet, il ne suffit pas au particulier de passer par le juge pour disposer des mêmes pouvoirs que l'autorité⁹¹². Les choses sont heureusement plus compliquées sur ce point. Quant à l'échange de consentements, il permet de créer du droit sans l'intervention du juge, mais il ne suffit pas non plus de saisir le juge pour modifier les termes du contrat.

303. De réels écueils. Les remarques qui précèdent ne sont pas destinées à enfoncer des portes ouvertes. Elles visent à mettre au jour plusieurs écueils dans lesquels la doctrine a réellement versé. Le risque dénoncé s'est donc bel et bien réalisé. Déjà avec M. HAURIU, on a eu l'occasion de le mentionner⁹¹³. Au lieu de bien scinder les deux questions, le célèbre auteur les a liées et les a mises toutes les deux en rapport avec l'intervention du juge, alors pourtant que cette dernière n'est pas nécessaire pour qu'une obligation naisse ou soit créée. Les concepts de décision exécutoire⁹¹⁴ et de décision préalable⁹¹⁵ ont certainement favorisé la confusion.

À l'instar de l'ensemble de la doctrine de M. HAURIU, l'amalgame n'est pas resté sans laisser de traces en doctrine, y compris chez un auteur comme F.-P. BÉNOIT⁹¹⁶, pourtant

⁹¹² Un cadre juridique plus élaboré préexiste, qui trouve sa source dans la Constitution et dans la loi *sensu largo*, parfois dans un contrat dans les milieux privés. Comp. avec la nuance nécessaire M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 78; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 14 : la technique unilatérale n'est pas propre au droit public, mais il serait erroné de croire que son usage en droit privé est susceptible d'engendrer les mêmes effets. De même, l'intervention du juge n'est pas à même de dispenser du consentement, seulement du désaccord.

⁹¹³ Voy. *supra*, n° 158 et s.

⁹¹⁴ À la différence du consentement, mais pas pour le même type d'actes. Dans un sens apparenté, mais visant la généralité du privilège lié à l'exécution forcée : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 8 à 12, pp. 748 à 750. L'auteur critique chez M. HAURIU la solidarisation de différentes forces et de différents actes sans la rigueur souhaitée, en particulier à travers la décision exécutoire, conduisant à "l'erreur de formuler de prétendues règles générales en ne songeant en réalité qu'à un certain type de normes" (p. 750, n° 12). La présente critique vise un degré de confusion supérieur : celle des critères même servant à la définition des privilèges.

⁹¹⁵ Il s'agit du principe selon lequel une décision est nécessaire pour l'intentement d'un recours. L'idée est que la décision préalable vaut acceptation de l'instance par une administration qui, précisément, est réputée se passer de l'intervention du juge pour réaliser son droit.

⁹¹⁶ L'auteur utilise une expression lourde de sens, présentant l'administration comme étant apte à "se délivrer des titres *juridiques* à elle-même" (F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 905, p. 527, *id.*, p. 528, n° 908). Que penser alors des affirmations à propos du pouvoir de décision unilatérale, selon lesquelles "les actes administratifs unilatéraux ont valeur juridique par eux-mêmes. (...) de leur seule volonté, (...) les autorités administratives créent elles-mêmes directement des obligations pesant sur les particuliers" (n° 905, p. 526) ? Plus loin encore dans ses développements, l'auteur indique que "L'exécution de plein droit, dans les cas où les particuliers ont un rôle passif, l'exécution forcée, dans les cas où une obligation positive leur est imposée, lient, en définitive, la production des effets de l'acte à sa seule existence, indépendamment de tout acquiescement des personnes visées" (n° 978, p. 561). L'amalgame est alors parfait puisque le consentement du débiteur est

soucieux d'éviter la confusion entre la valeur juridique de l'acte et son exécution forcée. L'administration est fréquemment présentée⁹¹⁷ comme étant dispensée de l'intervention du juge pour imposer des obligations aux particuliers ou conduire à l'exécution non forcée de l'acte. Il ne s'agit pas d'une tendance isolée et de grands noms y sont associés.

304. La constatation juridictionnelle d'un droit. Il est probable que les auteurs se soient inspirés de l'opération de justice pour en arriver là, ce qui confirmerait, une fois de plus, l'influence de la théorie du ministre-juge sur le droit administratif français.

implicite considéré comme suffisant à autoriser les voies d'exécution forcée. De la même manière, p. 553, n° 963, ainsi que pp. 556 et 557, n° 968 à 970 : l'acte unilatéral de l'administration est exécutoire par la force "de sa seule volonté". Auparavant, l'auteur met l'intervention *a posteriori* du juge et le renversement de la charge de l'action sur le compte de l'action unilatérale (p. 528, n° 908). À noter cependant n° 597, p. 550, où l'auteur reconnaît que la sanction proprement dite de l'acte est "la reconnaissance de sa valeur juridique par le juge en cas de contestation" et qu'il doit produire ses effets. Tel est également le cas en droit commun. Le titre préexiste, qu'il s'agisse d'une loi *sensu largo*, d'un contrat, parfois même d'un acte unilatéral.

⁹¹⁷ De nombreux auteurs versent dans la même confusion, avec des formules diverses partiellement mentionnées dans les lignes qui suivent. On peut mentionner à ce stade : M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 231 et 232, qui observe par exemple que lors de son intervention après coup, "Alors, sans doute, il (le juge) peut établir le droit" (p. 10), alors qu'il ne fait qu'en vérifier l'existence; ou encore p. 9, *id.* : "Ce qui caractérise le pouvoir d'action d'office de l'administration, dans le régime administratif, c'est que l'intervention du juge n'est point préalable à la décision *ni* à la mesure d'exécution"; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 695, p. 295 (et p. 296, n° 698) : "si elle veut agir, elle doit recourir au juge"; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 150, pp. 210 et 211, malgré que l'auteur insiste auparavant sur l'importance du consentement entre particuliers : l'administration "économise le recours initial au juge : son acte vaut décision et les administrés lui doivent obéissance"; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 16 : "imposer unilatéralement sans passer d'abord devant le juge, des obligations aux particuliers", alors qu'il venait d'être avancé que "dans la vie privée les droits et obligations se créent surtout par voie contractuelle"; et p. 43 : "Un particulier ne peut en principe voir naître à son profit des droits ou à sa charge des obligations qu'avec son consentement ou en vertu d'une décision de justice. L'administration, elle, peut modifier unilatéralement la situation juridique des administrés sans passer par le juge"; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 23 et 24 : "À la différence des particuliers qui ne peuvent imposer leur volonté à autrui sans l'intervention d'un juge, l'administration est dispensée de ce préalable juridictionnel : ses décisions sont présumées légales et leur exécution est obligatoire"; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 672, p. 452 : décider "sans avoir à saisir préalablement un juge de ses prétentions"; n° 1351, p. 1054 : la décision est introduite dans l'ordonnancement juridique "sans vérification de sa régularité". À noter les expressions significatives "décider de l'exécution d'office" (R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, p. 422, n° 640) et "l'exécution forcée décidée d'office" (n° 1358, p. 1061), plus acceptables, également rencontrées chez F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 556, n° 969 ou chez C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440, p. 1 (l'administration décide elle-même l'exécution). Voy. encore J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 323 : "le privilège du préalable (...) n'implique pas qu'ils puissent être systématiquement exécutés par la contrainte, il permet simplement une exécution de l'acte sans recours préalable et nécessaire dans tous les cas au juge". La confusion atteint sans doute son paroxysme chez C. DEBBASCH qui énonce sous le titre "Le privilège du préalable" à la fois le privilège du préalable et celui d'exécution d'office, le premier visant le pouvoir de décision unilatérale sans s'adresser préalablement au juge (alors que le particulier qui émet une prétention à l'encontre d'une autre personne doit saisir le juge d'une demande), le second l'exécution immédiate sans qu'il soit nécessaire de demander au juge l'autorisation de les exécuter (*op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270), le problème de l'exécution forcée étant pourtant abordé à la page suivante sous le titre suivant. À noter que J. RIVERO et J. WALINE se départissent de l'approximation en distinguant la création unilatérale de droit sans consentement et la présomption de légalité avant toute vérification par le juge (*op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 83 et p. 92, n° 97). Add. J. BRETHER de La GRESSAYE, in *Etudes offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, pp. 308 et 310 : seule la décision est confrontée à l'absence de décision préalable du juge, et pas l'exécution d'office !

La manière dont A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET présentent les privilèges est très significative à cet égard. Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office sont en effet groupés au moment de les comparer avec le droit commun, comme pour souligner la dérive. Voici comment les auteurs décrivent la situation de base : "Lorsqu'un particulier se prétend titulaire d'un droit vis-à-vis d'un autre particulier et que celui-ci conteste ce droit et s'oppose à sa réalisation, le premier est obligé de s'adresser à un juge afin d'obtenir, d'une part, la *constatation juridictionnelle* de son droit, d'autre part, le *titre exécutoire* qui résultera du jugement et lui permettra de provoquer l'intervention de la contrainte publique; nul, dit-on, ne peut se faire justice à soi-même"⁹¹⁸. Et les auteurs de soutenir que ce sont ces principes qui sont écartés par les privilèges du préalable et de l'action d'office. Mais de manière très artificielle et sans que l'on puisse y voir deux privilèges distincts puisque, en pratique, une seule dispense est accordée, celle de l'intervention du juge, difficilement scindable en dehors de l'opération de juger, si ce n'est en théorie. L'évocation de deux privilèges le laisse pourtant imaginer.

L'hypothèse de base confirme l'assertion. Il s'agit de la contestation⁹¹⁹ sans laquelle la prétention ne nécessite pas la saisine du juge⁹²⁰. Elle démontre à suffisance l'existence préalable

⁹¹⁸ A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668. On retrouve quasi mot pour mot le même exposé chez A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 344, ou encore chez J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220, p. 307. A. BUTTGEBACH s'en départit plus ou moins par la suite en intégrant la présomption de conformité au droit, absente chez les trois auteurs français, cette fois sous l'influence de J. RIVERO. Ce que J. DEMBOUR ne fait pas, tout en se rapprochant de lui. Bref, les influences sont très confuses. Il est difficile d'y voir clair sans reconstruire les concepts sur des bases plus solides.

Les trois auteurs mettent l'élément en sourdine dans la suite du raisonnement, et rejoignent de la sorte plus ou moins les auteurs cités précédemment lorsqu'ils exposent que l'on veut dire par le privilège du préalable que l'administration se trouve dispensée de s'adresser préalablement à un juge "pour réaliser ses droits" alors que le privilège de l'exécution d'office, pourtant clairement distingué du précédent, emporte la faculté "d'en réaliser directement elle-même l'exécution par la contrainte", ce que ne vise pas exactement le privilège du préalable avec toute l'ambiguïté que cela comporte. De plus, seule l'exécution d'office est ensuite expressément limitée. De même à cet égard : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 345 et 346, avec toutefois cet enchaînement plus rassurant : "La décision étant exécutoire, l'administration va pouvoir, dans les conditions que l'on va préciser ci-dessous, passer directement à son exécution par la contrainte; le privilège du préalable entraîne celui de l'exécution d'office". Ce qui vaudra à l'auteur d'être critiqué par C. CAMBIER pour qui le privilège de l'exécution d'office est inexistant selon une telle conception puisque le privilège du préalable vaut déjà le bénéfice de l'auto-délivrance d'un titre exécutoire (*op. cit.*, 1968, p. 251, note 2). J. DEMBOUR est moins encourageant car la réalisation de ses droits devient leur "mise en œuvre", le principe devient "sous certaines conditions" et le privilège du préalable "se complète" de celui de l'exécution d'office (*op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 221, p. 308). Néanmoins, dans *Les pouvoirs de police administrative générale des autorités locales*, Bruxelles, Bruylant, 1956, dont le contenu est largement intégré dans le précis, le même auteur voit dans les "mesures d'office" des manifestations du privilège du préalable (n° 139, pp. 177 et 178). On le voit, les ambiguïtés ne sont pas toujours susceptibles d'être levées.

⁹¹⁹ Que la contestation soit au demeurant apparente ou réelle. Mais il va de soi que l'application correcte du droit en fonction de la réalité concrète - à laquelle il est impossible qu'il colle exactement -, prête d'entrée de jeu à interprétation, c'est-à-dire à la confrontation d'opinions divergentes.

⁹²⁰ G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON sont particulièrement précis sur ce point : si les personnes privées "peuvent, dans certains cas, imposer à autrui des droits ou des obligations, elles ne sauraient passer outre à une contestation de leurs partenaires, mais doivent, pour l'écartier, saisir un juge, et elles ne disposent évidemment pas de la force publique" (*op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 69). Add. F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 60 et, de manière générale, la grande majorité des auteurs. On retrouve en réalité à cet endroit la comparaison avec le droit commun quasi disparue dans la dernière version du précis de M. HAURIUO (voy. *supra*, p. n° 176), mais encore présente dans l'édition remaniée de 1943, généralement très fidèle (exemples, limites) : M. HAURIUO (A. HAURIUO), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 231 et 232. Rem. R. ALIBERT, *op. cit.*, 1926, p. 13, idr : "lorsque les

du titre ou du droit, et de l'obligation qui lui est corrélatrice^{921 922}. Comme tel, le juge ne confère pas de nouveaux droits. Il vérifie seulement la légalité ou la légitimité de la prétention, dans la perspective précise du recours éventuel à l'exécution forcée⁹²³ qui peut requérir, il est vrai, des mesures complémentaires⁹²⁴.

L'hypothèse révèle en même temps la facilité qu'il y a, par proximité, d'assimiler la *constatation juridictionnelle*⁹²⁵ du droit par le juge à une condition nécessaire à l'existence du titre en droit

particuliers ne sont pas d'accord sur les effets du droit, ils ne peuvent exercer aucune contrainte matérielle; ils doivent saisir l'autorité judiciaire, qui intervient tout à la fois pour arbitrer et contraindre".

⁹²¹ Pour prendre l'exemple de la responsabilité, la commission d'une faute crée *ipso facto* l'obligation de réparer le préjudice causé en vertu et dans les conditions des articles 1382 et s. du Code civil. L'obligation préexiste donc à l'intervention souvent nécessaire du juge pour parvenir à être dédommagé, du moins si l'auteur du dommage ne reconnaît pas son obligation ou son étendue par la voie amiable. Le cas échéant, il conviendra de passer par le juge, après mise en demeure, pour vider la contestation et permettre de vaincre définitivement sa résistance, au besoin par la force. De manière générale, il est un principe fondamental que le droit préexiste à la fonction de juger. Celle-ci est destinée à son application en cas de contestation, car elle nécessite souvent, en pratique, une appréciation.

⁹²² Une difficulté persiste au sujet de la portée réelle à donner à la décision du juge, en particulier au constat opéré par le juge. Il s'agit cependant d'une querelle de mots assez théorique. Car l'opération de juger trouve nécessairement sa source dans le droit (ou l'obligation) préexistant(e). Même si le juge est parfois appelé à renforcer ce droit par des obligations complémentaires. Elles sont seulement destinées à en permettre l'efficacité ou l'application. Elles sont le prolongement de l'obligation qui découle de la loi. Comp. B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 56. Rem. toutefois M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. 530, à propos des effets d'un arrêt d'annulation : "Sans doute, à strictement parler, n'est-il pas erroné de considérer que l'annulation se borne à faire disparaître un acte, et que les obligations qui peuvent apparaître à la suite de l'arrêt trouvent leur source dans les règles de droit applicables, et non dans l'arrêt. Mais on peut en dire autant de la plupart des jugements, qui "disent" le droit plus qu'ils ne le créent, et bien souvent, les obligations qui découlent de la législation ou de la réglementation sont explicitées ou impliquées par l'arrêt en un sens qui n'apparaît pas à l'évidence des textes mêmes. Nier qu'un arrêt du Conseil d'État puisse imposer des obligations, c'est réduire le droit administratif à un jeu intellectuel, et méconnaître la réalité des choses".

La controverse reçoit un écho en droit administratif à l'endroit des privilèges. NGUYEN-VAN-BONG, par exemple, reconnaît à l'"apport normatif" (*op. cit.*, 1960, p. 29) le statut de "problème premier" par rapport à l'exécution (p. 39), mais il voit dans l'objet de l'exécution forcée une décision juridictionnelle et non l'obligation de départ (pp. 54 à 56) : la "véritable signification de l'intervention du juge" est de sanctionner la désobéissance et l'intimidation. Le juge n'ordonnerait d'ailleurs pas l'exécution forcée, mais l'exécution tout court, seul le détenteur du titre exécutoire pouvant passer à l'exécution par la force. Pour être bien comprise, l'opinion de l'auteur doit être située dans son contexte. L'objectif est de rendre à la décision exécutoire une portée aussi générale que possible. À noter avec R.-G. SCHWARTZENBERG (et G. VEDEL) combien les administrativistes ont difficile à concevoir une interférence judiciaire : "Un acte administratif a sa propre force ... Comment d'ailleurs le juge civil interviendrait-il pour autoriser ou pour procurer l'exécution des actes administratifs ? Ceux-ci portent en eux-mêmes leur propre autorité ..." (*op. cit.*, 1969, p. 125). Il s'agit de "faire sanctionner une résistance et non de faire valider une décision" (p. 125). Dans le sens contraire : J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 536, note 2.

⁹²³ Comp. J. BARTHÉLEMY, "À propos du droit de grâce", R.D.P., 1909, p. 548 : la vérification du juge avant de permettre le recours à la force est ce qui distingue la société organisée de celle non organisée où chacun se fait justice à soi-même. Toujours avec l'espoir de pacifier le conflit, c'est-à-dire d'éviter le recours à la force.

⁹²⁴ Voy. *supra*, sp. n° 128, note 77. Add. P. HÉBRAUD, *op. cit.*, R.I.D.C., 1957, pp. 172 et 173 : le jugement forme un ensemble complexe dont il faut maintenir l'unité entre le but poursuivi et la source de l'autorité qui permet de l'atteindre; on ne peut pas l'envisager en lui-même isolément, autrement que dans le processus d'exécution.

⁹²⁵ Comp., de manière anachronique et fort peu précise, H. BUCH, *op. cit.*, J.T., 1970, p. 740 : le privilège du préalable "implique que dans l'ordre chronologique, l'administration est la première à "dire le droit" et que, dans l'ordre quantitatif, l'administration se prononce peut-être mille fois pour une fois que le "dire le droit" est le

privé. Tel est largement le cas en doctrine^{926 927}, fût-ce implicitement, dès que l'on parle de privilège. Sans toutefois verser dans la généralité⁹²⁸.

Plusieurs expressions traduisent l'assimilation fréquemment rencontrée. L'administration est jugée apte à "se délivrer un titre à elle-même"⁹²⁹. Les actes administratifs sont considérés

fait d'une juridiction". Ou encore, du même auteur, *op. cit.*, J.T., 1957, p. 3 : "Pour agir, le pouvoir exécutif n'a pas besoin en principe des tribunaux".

926 Assez paradoxalement, l'absence de recours au juge peut, d'une certaine manière, mais sans grande rigueur, être rapprochée de l'action "unilatérale". Comp. F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 106, p. 79 (eenzijdig uitvoeren); C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 134.

927 Comme avec la présomption, voy. *supra*, n° 283. Cela n'est pas vraiment étonnant, puisque les forces obligatoire et probante sont généralement associées sous le privilège du préalable. Concernant l'obligation ou sa force obligatoire, on peut citer, outre les expressions qui suivent dans le texte ci-dessous, en droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 190, note 1 : "abandonner son privilège du préalable la conduirait à se porter demanderesse devant le juge et l'obligerait à faire la preuve de ses prétentions"; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 84; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 47 : le privilège du préalable exclut par définition tout recours préalable de l'administration au juge pour faire consacrer sa décision qui se trouve néanmoins revêtue de l'essentiel des attributs caractéristiques de l'acte juridictionnel, force obligatoire et, dans certains cas, force exécutoire; pp. 49 et s. : pour exprimer le privilège du préalable, l'auteur distingue très artificiellement le contenu obligatoire de l'effet obligatoire présenté comme la traduction au plan contentieux du privilège ou de l'aptitude à se passer du consentement d'autrui pour engendrer un rapport obligatoire : il s'agirait d'un pouvoir d'imposer obéissance aux tiers préalablement à tout contrôle juridictionnel et nonobstant tout contrôle juridictionnel, et le concours du juge ne serait pas nécessaire à l'administration pour se faire obéir; "L'absence de recours de l'administration au juge constitue le trait essentiel de ce 'privilège du préalable'" (p. 56, mais aussi p. 58, l'auteur se prévalant de l'opinion de nombreux auteurs); C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 34; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, pp. 103 et 104. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 et 1749; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161 : "Il faut attendre que le juge ait dit le droit"; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 8, note 6; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 98, ad : "imposer des obligations à charge des administrés, sans le consentement de ces derniers, et même (de) modifier unilatéralement leur situation juridique sans passer par le juge", et n° 90, p. 99; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21, idr : grâce au privilège du préalable, "l'administration est en mesure de rendre, par elle-même, ses décisions et règlements obligatoires". Add. B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 9, pp. 246 et 247 : l'obéissance est requise préalablement à tout recours juridictionnel, peu importe qu'il y ait ou non consentement de l'intéressé; M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82 : l'acte administratif "n'a pas besoin d'une constatation judiciaire pour s'inscrire dans le droit public positif". En droit français, comp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 184, à propos de la prescription quadriennale que l'administration pourrait opposer elle-même sans s'adresser au juge. Comp. aussi R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225 : l'auteur est très ambigu car il distingue trois éléments dans l'opération du juge : le constat du droit, la déclaration de l'obligation comme exécutoire et l'autorisation d'employer les voies d'exécution forcée. Il est difficile d'identifier de quelle force relève le deuxième élément. Le privilège du préalable correspond au rétablissement par soi-même, sans recours au juge, du caractère exécutoire. Mais il est également assimilé à la prise de décision exécutoire. Dans un cas comme dans l'autre, l'intervention du juge n'est toutefois pas nécessaire.

928 Ainsi, L. ROLLAND lie à l'exécution d'office la dispense de l'intervention du juge "pour faire constater l'existence de son droit" (*op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51 et n° 452, p. 390), réel préalable à l'exécution forcée. Dans la même veine : M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, pp. 34 et 35 : le "titre nécessaire", c'est-à-dire un jugement reconnaissant son droit; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1); M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 17.

929 Voy. en droit français : F.-P. BÉNOIT, cité ci-dessus, note 916; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 60 : "conférer elle-même valeur obligatoire à ses décisions"; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104 : "se procurer à elle-même son propre titre juridique". Rapp. A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 109 (l'auteur conçoit les actes administratifs comme étant exécutoires d'office sans que cela signifie nécessairement qu'ils le sont par la force) : cela "veut dire que l'administration, comme les particuliers, doivent prendre, chacun pour leur compte, les mesures nécessaires à

comme ayant "valeur juridique par eux-mêmes"⁹³⁰. En précisant que la dernière expression est souvent utilisée de manière adéquate, surtout en droit belge⁹³¹.

De tels propos négligent que, pour en arriver au stade juridictionnel, il faut d'abord que l'acte ou le titre soit contesté. La question de l'exécution forcée vient naturellement se greffer sur cette contestation, parce que cette dernière constitue une forme de résistance légale au droit préexistant. Aussi importe-t-il qu'une fois l'existence du droit constatée, l'exécution forcée de l'obligation corrélatrice soit assurée au titulaire du droit en cas de besoin.

cette exécution, sans qu'il soit besoin pour cela d'autre titre juridique que l'acte lui-même, et notamment l'intervention d'un juge" (idr); G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, note 20 : "sans qu'un titre de justice soit nécessaire pour permettre leur application"; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449 : "imposer des obligations (...) sans nécessité d'un titre juridictionnel, c'est-à-dire sans avoir à faire reconnaître par un juge son droit d'agir". Sur le fond, voy. les auteurs déjà cités dans les notes qui précèdent, de même que ceux cités ci-dessous, n° 306, parce qu'ils ajoutent le terme exécutoire au titre auto-délivré.

930 Voy. en droit français : F.-P. BÉNOIT, cité ci-dessus, note 916; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 84 : "en eux-mêmes"; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 27, p. 42 : "à la fois exécutoires et par elles-mêmes douées d'une vocation à l'effectivité"; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 290, n° 689 : "Et c'est là que la distinction avec le droit privé est la plus nette car les prétentions des particuliers sont sans valeur juridique tant qu'elles n'ont pas été recouvertes par un titre juridictionnel"; et n° 690, p. 291 : "l'immédiateté de la force juridique (...) directement, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un titre juridictionnel"; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 103 : "vaut, par lui-même, titre juridique"; G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1497 : "s'impose de lui-même". Rapp. M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 83 : "valables immédiatement"; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206 : "modifie immédiatement l'ordonnement juridique", "s'impose de lui-même"; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 9 (et p. 47) : la décision s'impose immédiatement et "par sa seule vertu", même s'il est parfois précisé à d'autres endroits, not. p. 43 ou pp. 48 et 49, sans le consentement des individus; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245 : la décision "crée immédiatement" une situation juridique nouvelle; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 47 : "oblige immédiatement"; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 391 : elle "fait naître immédiatement des droits ou des obligations"; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28, idr : "le propre de la décision administrative est de s'imposer immédiatement aux administrés quel qu'en soit le contenu, avant tout recours au juge", ou en ce qui concerne l'acte administratif "de se suffire à lui-même pour affecter la situation de ses destinataires"; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, p. 214, sn : l'acte unilatéral "s'intègre immédiatement à l'ordre juridique existant"; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449 : "la décision sera prise et s'appliquera, préalablement à toute vérification juridictionnelle". En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748 : "akten die in zichzelf een bijzondere rechtskracht putten", et col. 1749, la réflexion déjà rencontrée selon laquelle il n'est pas pensable d'exiger que l'administration demande au juge de reconnaître son droit à imposer chaque obligation administrative, même si un rapport futile à "l'exécution", sans précision, figure à cet égard col. 1748; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104 : de overheidsbeslissing brengt *per se* rechtsgevolgen; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, p. 458, n° 294 : "la décision doit produire, par elle-même, des effets de droit", mais la définition vise la mesure de nature à faire grief. Sur le fond, voy. les auteurs déjà cités dans les notes qui précèdent, de même que ceux cités ci-dessous, n° 307, parce qu'ils emploient la même expression liée au caractère exécutoire improprement utilisé.

L'expression est inévitablement passée dans la jurisprudence du Conseil d'État. On a par exemple relevé C.E., Van Hassel, n° 17.159, 16 septembre 1975, *Rec.*, p. 767, à propos de la légalité d'une "décision unilatérale prise par l'autorité sans recours préalable au juge et directement exécutoire".

931 L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 143 : "produire par lui-même (unilatéralement) des effets de droit"; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 344; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, p. 14 et n° 193, pp. 263 et 264 (les expressions ne sont pas précises, mais l'auteur suit généralement A. BUTTGEBACH); G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 474 : par lui-même et unilatéralement; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 138, p. 331 : modifier par eux-mêmes l'ordonnement juridique; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 98 : immédiatement.

305. Le préalable de la contestation. Le paradoxe en doctrine est de constater que la plupart des auteurs mentionnent la contestation ou la résistance (voire la réalisation de ses droits) à un endroit ou à un autre, mais sans en tirer réellement les conséquences en ce qui concerne la nécessité de l'intervention du juge.

Plus précisément, la contestation est généralement associée à l'action des particuliers pour définir le privilège du préalable⁹³², mais pas à celle de l'administration⁹³³. Elle ne l'est que pour définir l'exécution d'office, dont la résistance est d'ailleurs une des conditions posées à son recours. Avec pour conséquence que la comparaison est nécessairement tronquée en ce qui concerne le premier privilège, puisque l'acte privé et l'acte administratif ne sont pas comparés sur un même plan en son sein.

Le malaise ressort de nombreux ouvrages⁹³⁴ (mais aussi de contributions plus modestes⁹³⁵), parmi lesquels ceux de M. ROUSSET⁹³⁶ et de R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE⁹³⁷ ont été choisis.

Dès leur émission, les actes administratifs unilatéraux modifient par eux-mêmes l'ordonnancement juridique, alors que le particulier doit s'adresser au juge chaque fois que, dans sa prétention de droit, il se heurte à une prétention contraire. Les auteurs comparent de la sorte deux plans différents, voire deux hypothèses différentes. Ils oublient surtout que la résistance peut concerner l'acte unilatéral comme le contrat. Et qu'en cas de résistance à l'acte unilatéral, l'administration se trouve paralysée, sauf à être autorisée à recourir à la force. Que la contestation soit passive ou juridictionnelle⁹³⁸.

⁹³² Sous réserve d'un autre nom et en moyenne.

⁹³³ Comme si le caractère unilatéral de l'acte administratif - et donc la dispense du consentement requis en droit privé - était rapprochée du caractère inopérant d'une éventuelle contestation.

⁹³⁴ Mais pas de tous et sans que l'erreur disparaisse pour autant. Certains auteurs procèdent même de manière inverse, deux plans différents étant ainsi toujours opposés pour identifier le privilège. Voy. P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 98 : alors que le particulier doit s'adresser au juge pour contraindre son débiteur à payer sa dette, l'administration peut imposer des obligations aux administrés sans leur consentement et sans passer par le juge.

⁹³⁵ En droit belge, pour un exemple significatif : B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, pp. 246 et 247. En vertu du privilège de la décision exécutoire, l'obéissance est requise préalablement à tout contrôle juridictionnel (mais l'assertion est opposée en note à l'hypothèse de la contestation et vaut à ce titre "renversement du principe juridique"), peu importe qu'il y ait ou non consentement de l'intéressé (et toujours en note, mais cette fois relativement au consentement, il est précisé que le recours à la force n'est pas compris dans le principe, mais plutôt dans le privilège de l'exécution forcée). Il y a clairement inversion des critères, ce que confirme l'affirmation qui suit selon laquelle l'administration peut passer à l'exécution de ses décisions sans que l'intervention du juge ne soit requise, alors qu'il ne s'agit pas d'exécution forcée selon ce principe.

⁹³⁶ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 84. *Add.* F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 59 et 60; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 34.

⁹³⁷ R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, pp. 103 et 104.

⁹³⁸ La tendance, en ce qui concerne le privilège du préalable, est de considérer la contestation uniquement par l'entremise de la voie de recours, dont il est de suite précisé qu'elle est sans effet suspensif. Tout dépend en pratique de la situation concrète rencontrée, selon que l'exécution de la décision dépend du créancier (par exemple l'arrêt d'un paiement) ou du débiteur (par exemple le remboursement d'un indu). La conception répandue en doctrine selon laquelle le particulier est obligé de passer par le juge lorsque sa prétention juridique est contestée par autrui, participe donc aussi d'un raccourci abusif. Il est surtout tendancieux d'ajouter, comme le font bon

306. Une confusion parallèle. La confusion en doctrine ne se limite pas au lien déplacé entre la force obligatoire et l'intervention du juge. À la suite de M. HAURIOU, le critère de l'exécution forcée est aussi fréquemment appliqué à l'exécution non forcée, souvent au départ de la notion ambiguë qu'est la décision exécutoire. Pourtant, l'intervention d'un juge n'est pas non plus nécessaire, en droit commun, à l'exécution volontaire d'une obligation donnée.

À cet égard, on a vu, au moment d'étudier la force exécutoire de l'acte administratif, que l'absence d'effet suspensif, de même que le principe de l'obéissance immédiate assorti de l'adage non approprié, sont souvent associés au pouvoir d'action unilatérale en doctrine. La force obligatoire de l'acte n'est pourtant pas directement concernée comme telle par les deux institutions⁹³⁹. L'est en revanche (aussi) la force exécutoire dans sa version limitée, soit l'exécution volontaire ou, plus largement, l'exécution non forcée, mais susceptible de causer grief.

Or, il est fréquent de lire en doctrine, à l'instar de la dispense de l'intervention du juge pour imposer des obligations aux particuliers, que les actes administratifs unilatéraux sont exécutoires par eux-mêmes, sans l'intervention du juge⁹⁴⁰. Ou pire encore : la mention

nombre d'auteurs - dont M. ROUSSET -, que seul l'acte administratif est supposé conforme au droit avant tout recours au juge, qu'il appartient dans ce cas à l'administré de saisir le juge et que l'acte conserve toute sa force juridique jusqu'à la constatation juridictionnelle éventuelle de sa non conformité au droit. L'acte privé est également présumé légal avant l'intervention du juge. Il sort ses effets obligatoires tant qu'il n'est pas constaté non conforme au droit, et il peut incomber à l'administration de saisir le juge lorsque la résistance de l'administré l'empêche, à défaut de privilège, de recourir directement à l'exécution forcée.

⁹³⁹ Elle l'est indirectement, mais pas au sens strict. Les auteurs parlent d'ailleurs le plus souvent de l'exécution qui est paralysée ou suspendue, comme M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 131. Rapp. F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 528, n° 908 : en cas de contestation, "l'administration n'a pas obligatoirement à s'arrêter à cette contestation". Certes, une obligation perd une grande partie de son intérêt lorsqu'elle est dépourvue d'effet concret, même pour un temps limité. Mais soutenir la suspension de la force obligatoire revient à la priver du seul attribut qui lui restait encore.

⁹⁴⁰ En droit français : J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 5; G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1497 : "application immédiate"; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 5; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 90; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24 : "et leur exécution est obligatoire", et comp. pp. 65 et 66; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449 : "la décision sera prise et s'appliquera, préalablement à toute vérification juridictionnelle", et n° 1021, p. 724 : elle est susceptible "de mise en œuvre immédiate". Rapp. A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 84 et note 1, ainsi que p. 109 : l'auteur conçoit les actes administratifs comme étant "exécutoires d'office" sans intervention d'un juge, mais "pas nécessairement par la force publique". Rapp. M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 9, 231 mais aussi 240 : "Le poursuivant va exécuter lui-même ce qu'il prétend être son droit sans le faire vérifier et légitimer par un juge, ni un officier ministériel; au moins faut-il qu'avant de passer à l'exécution il affirme lui-même la légitimité de son droit d'une façon publique, et qu'il soit ainsi lui-même son propre officier ministériel" (comp. p. 243 où, cette fois, l'expression est utilisée à bon escient : "la décision est exécutoire par la voie administrative, c'est-à-dire véritablement d'elle-même"). Comp. R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, pp. 224 et 225, qui met en exergue, quant à lui, le rétablissement du caractère exécutoire de l'obligation suspendu par la contestation du particulier. Comp. aussi A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668, déjà cité ci-dessus, n° 304. Comp. encore R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 305 : les décisions administratives "sont exécutoires, c'est-à-dire obligatoires, mais, sauf exception, elles ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée"; et J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 62, p. 77 et n° 140, p. 206 : "le privilège d'une force exécutoire leur permettant de s'imposer immédiatement". À noter enfin l'expression "forme exécutoire" (M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 241) ou "caractère exécutoire" (R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104). En droit belge : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 12, p. 21 ("onmiddellijk uitvoerbaar") et p. 26, n° 19 ("per se uitvoerbaar"),

rencontrée de l'auto-délivrance d'un titre exécutoire^{941 942} alors que l'exécution forcée de l'acte administratif n'est pas visée. Ce n'est pas toujours le cas, il faut le mentionner, en ce qui concerne les deux expressions^{943 944 945}.

l'auteur ne visant pas uniquement l'exécution forcée, et notamment l'exécution juridique, comme confirmé pp. 78 à 80, n° 104 à 106. *Add.* dans le même sens M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82 (la mise en œuvre des conséquences attachées); l'exposé des motifs du projet de loi modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, en vue d'introduire un référé administratif : "Dans notre pays, les actes administratifs sont (...) directement exécutoires" (*doc. parl.*, Sénat, s.o. 1990-1991, n° 1300/1, p. 2, idr) en vertu du "principe dit du privilège du préalable" (une présomption de conformité); concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ préc. Cass., 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1184, adr : "des décisions dont la (simple) mise en œuvre n'est pas subordonnée à l'intervention préalable d'un juge".

941 Le terme exécutoire n'est pas toujours accolé au titre délivré, ce qui permet alors de renvoyer à la critique liée à la force obligatoire ci-dessus, n° 304. Tel est en revanche le cas chez des auteurs français comme J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206 : "l'acte exécutoire s'impose de lui-même, sans que soit nécessaire l'intervention préalable d'un juge pour l'affirmer par un titre exécutoire"; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 300, n° 708 et 709 : "solliciter du juge une formule exécutoire", "un titre exécutoire, lequel aura autorité de chose jugée" à propos du privilège de la décision exécutoire; J. MOREAU *op. cit.*, 1989, n° 150, pp. 210 et 211 : l'auteur compare la situation à celle du particulier dont, sauf exception ou accord de volontés, "le droit invoqué (...) et les conséquences qui en résultent pour les tiers restent à l'état de simples prétentions, tant que le juge saisi du différend n'a pas confirmé ces prétentions en leur donnant, avec force de vérité légale, un titre exécutoire"; *idem* n° 150, p. 212, ou encore n° 151, p. 212, toujours sous la force obligatoire : "l'administration n'a pas à se faire attribuer par le juge un titre d'exécution"; n° 157, p. 220 : ce que l'administration demande au juge n'est pas un titre exécutoire "comme le feraient de simples particuliers (elle le possède déjà puisque l'acte unilatéral possède par lui-même force obligatoire), mais l'autorisation d'utiliser effectivement la force publique". Comp. M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 137, idr : l'acte unilatéral constitue un "titre à exécution" et permet en certains cas à l'administration d'user elle-même de la force pour ramener cette décision à exécution. En droit belge : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 106, pp. 79 et 80, pour qui la dispense d'un titre exécutoire vaut également en ce qui concerne l'exécution juridique; comp. J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 126; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, pp. 8 et 9 ("se donner un titre exécutoire").

942 Des auteurs évitent de mentionner l'auto-délivrance d'un titre exécutoire, vraisemblablement parce qu'il s'agit d'une manière d'écrire, encore que le titre doive permettre à l'huissier requis de faire son office. De la sorte, vraisemblablement : J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220 et 221, p. 307; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, pp. 98 et 99.

943 L'expression "exécutoire par lui-même" ou toute formule assimilée (directement, immédiatement) est en effet valide si elle fait référence à l'exécution forcée autorisée sans recours au juge. Dans ce sens, on peut citer en droit français : P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, p. 871, n° 1197; M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, p. 35 : "exécutoire du fait qu'il a été dûment émis"; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 2) : "exécuter elle-même"; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 17; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 553, n° 963; y compris J. MOREAU *op. cit.*, 1989, n° 158, p. 222; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 184; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750 : rechtstreeks en onmiddellijk; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160 : immédiatement, sans être arrêtée; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345 : et "passer directement à son exécution par la contrainte"; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 : la décision elle-même autorisera la mise en mouvement de la force publique; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 137, note 8; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 50, p. 101, n° 52, p. 105, et n° 221, p. 308 : "passer directement à son exécution par la contrainte"; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475, note 2061; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45 : rechtstreeks; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, pp. 21 et 22 : elle-même. Rem. Civ. Liège (réf.), 6 mars 1986, *Amén.*, 1986, p. 116, obs. M. PÂQUES et "le bénéfice de l'exécution immédiate".

À noter que le recours à l'expression "exécutoire par elle-même" pour désigner la décision prise unilatéralement, sans le consentement des intéressés, est également acceptable, mais elle prête à confusion parce qu'elle est inhabituelle et semble ajouter quelque chose au caractère unilatéral qu'elle désigne improprement. Comp. F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 322 et 323 : les auteurs utilisent l'expression, mais trouvent tout de même utile d'ajouter que l'effet obligatoire (créer des droits et des obligations) "est acquis indépendamment du problème de l'exécution forcée". P. 245,

307. Une confusion comparable. En définitive, l'ambiguïté du terme exécutoire⁹⁴⁶ (du moins entre force obligatoire et force exécutoire limitée) n'est pas vraiment préjudiciable dans l'optique retenue. Car, dans un cas comme dans l'autre, le critère de l'intervention du juge est utilisé à tort.

Soit l'on vise par cette formule le caractère obligatoire de l'acte et l'on renvoie à ce qui précède sur ce point. Soit l'on désigne l'exécution volontaire et le privilège s'effondre également, puisqu'en droit commun l'intervention du juge n'est pas non plus requise pour qu'un débiteur s'exécute volontairement⁹⁴⁷.

surtout, le terme exécutoire, cette fois distingué de la décision, est expliqué de la sorte : "elle provoque d'elle-même sa mise en œuvre, en vertu du privilège qui permet à l'administration de la prendre et de lui faire produire directement effet. Plus précisément, c'est le privilège du préalable qui entraîne directement le résultat qu'elle prescrit, et qui commande son respect par ses destinataires". Aucun privilège distinct n'est pourtant identifiable à cet endroit.

944 L'auto-délivrance d'un titre exécutoire ou la dispense de s'en faire attribuer un par le juge, peuvent également être utilisés à bon escient, parfois par les mêmes auteurs. En droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 62 : "se conférer à elle-même un titre exécutoire"; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 17, n° 724, p. 438 et p. 549, n° 927; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93 : l'administration n'a jamais besoin, pour contraindre le particulier, de "se faire délivrer par le juge un titre exécutoire, comme le font les particuliers entre eux"; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 179; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 270 : "se délivrer à elle-même un titre exécutoire". En droit belge : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250 : "se donner à elle-même un titre exécutoire", malgré l'extension que prend le titre en note 1 (un "titre contraignant"); du même auteur, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139 : "s'attribue à elle-même"; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 474 : "se donner à elle-même", et p. 476 : "se créer à lui-même des titres exécutoires".

945 La jurisprudence judiciaire se rapproche de cette conception, rapportée aux deux notes précédentes, à travers le privilège du préalable. Elle est relatée au titre II, n° 601, sp. note 383, à l'appui de la thèse défendue.

946 Obligation et exécution se confondent sans permettre la nuance nécessaire, comme chez J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, pp. 368 et 369 : "dans la mesure, très large, où l'exécution des actes de l'administration se résout en une simple modification de l'ordonnement juridique, le problème de la spécificité du droit administratif se ramène, en la matière, à celui de savoir si les particuliers ont la possibilité d'édicter des actes unilatéraux".

947 À noter que G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON remarquent de manière péremptoire que l'exécution provisionnelle n'est pas un véritable privilège (du préalable) parce qu'elle n'est pas ignorée du droit privé (*op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401), mais sans étayer leurs propos sur ce point. Les auteurs visent par cette expression "la poursuite de l'exécution nonobstant la contestation de la régularité de l'acte en justice", soit l'absence d'effet suspensif de la saisine du juge administratif. On renvoie donc aux développements sur ce point *supra*, sous la force exécutoire, n° 260 et s. Au contraire, J. BOULOUIS (in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 301 et 302) voit un pouvoir administratif dénié aux particuliers dans l'affirmation d'un droit une fois créé, c'est-à-dire dans l'attitude de le tenir pour vrai et d'exiger que l'on s'y soumette d'abord : "l'autorité publique n'a pas besoin de recourir au juge pour faire constater ses droits" et s'il s'adresse au juge son action n'est pas recevable. Ce pouvoir est l'expression du caractère exécutoire des actes (provisoire, sous réserve du contrôle *a posteriori* et non suspensif du juge), mais il est "Souvent confondu avec le privilège du préalable qui nous paraît se rattacher davantage au caractère unilatéral des actes". En même temps, il doit être soigneusement distingué de la faculté d'exécution d'office qui, elle, demeure très exceptionnelle. De telle manière qu'il devient difficile d'identifier un réel privilège, si ce n'est dans les modalités du contrôle opéré par la juridiction administrative.

La question du recours au juge ne se pose vraiment qu'en cas de contestation ou d'inexécution⁹⁴⁸.

En somme, il faut dénoncer l'utilisation fréquente, en doctrine, d'expressions identiques pour désigner des réalités différentes, parfois même par les mêmes auteurs à quelques pages d'intervalle. Il convient à tout prix de remédier à ces approximations parce que le risque de confusions est grand. Comme l'indiquait NGUYEN-VAN-BONG, "On se trompe toujours par des mots"⁹⁴⁹.

Section 3. Les résultats de l'analyse

*"Les mots expriment des idées.
Une dénomination, une définition vague ou inexacte
ne peuvent donner naissance à des idées nettes."*

BOUCHENÉ-LEFER⁹⁵⁰

I. Le diagnostic

308. Des privilèges inadéquats. Le temps est venu de tirer les enseignements majeurs de l'analyse détaillée qui précède, afin de permettre l'élaboration d'une définition simple, précise et efficace des privilèges étudiés. Il s'agit de poser un diagnostic.

L'évolution des privilèges, depuis le dix-neuvième siècle, a permis de mettre à jour une série d'ambiguïtés qu'il convient d'éviter à l'avenir.

Le critère essentiel⁹⁵¹ qui sert à définir le noyau dur du privilège, depuis le début, a pu être dégagé. Il s'agit de l'intervention du juge requise en droit commun pour autoriser le créancier à recourir à l'exécution forcée d'une obligation en cas d'inexécution. Le principe est également l'exécution judiciaire en matière administrative, mais il peut y être dérogé.

⁹⁴⁸ NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 35.

⁹⁴⁹ NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 115.

⁹⁵⁰ BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1864, p. 105. Rem. au demeurant X (M. VAUTHIER), à propos de la "Personnalité civile", *R.A.*, resp. p. 423 et p. 426 : "Nous ne désirons pas médire des abstractions, aucune science ne saurait s'en passer. Elles sont un moyen commode de caractériser, de résumer un nombre quelquefois immense de faits. Mais on ne devrait jamais perdre de vue qu'une abstraction est une création de notre esprit, en même temps qu'un procédé, un instrument dont notre intelligence se sert pour arriver à ses fins. (...) C'est la réalité qu'il faut serrer de près".

⁹⁵¹ La légalité (dans le sens de l'exigence d'une loi) n'est pas un critère distinctif, car elle est nécessaire pour agir unilatéralement comme pour exécuter d'office ou même conférer l'authenticité à des actes. Bref, pour toute action publique, voire même privée (voy. le Code civil).

Avec le temps, le critère a été voilé par différentes institutions liées aux autres forces de l'acte juridique. Il a aussi été utilisé "à d'autres forces".

Il en résulte aujourd'hui des privilèges ambigus, irréels et profondément inadéquats. Ils ne reposent pas, le plus souvent, sur une comparaison rigoureuse avec le droit commun. Ils sont devenus des symboles de l'autonomie du droit administratif.

309. Raisons. Les raisons de cet état des privilèges sont diverses. Parmi elles, trois explications revêtent une importance particulière.

Première explication : l'influence majeure exercée par l'ancienne théorie du ministre-juge en vigueur au dix-neuvième siècle. Cette théorie a disparu du droit depuis si longtemps qu'elle est souvent inconnue aujourd'hui. Pourtant, les racines des privilèges y ont été localisées. Elles seules permettent de comprendre pourquoi et comment des privilèges apparemment si irréels et si éloignés d'une dérogation avantageuse par rapport au régime commun des actes juridiques ordinaires ont pu être identifiés en doctrine.

À l'époque, ils reposaient en effet sur une comparaison de l'acte administratif par rapport à la décision de justice, à laquelle l'acte administratif était en grande partie assimilé. D'où le critère de l'absence d'effet suspensif, associé au sursis à exécution. D'où aussi l'exécution provisoire et le caractère exécutoire renforcé soutenu au départ dans le chef de tout acte administratif. D'autres éléments sont inspirés de la décision de justice. Ils vont de l'authenticité naturelle au principe de l'exécution à ses risques et périls, propre à l'exécution provisoire en droit commun.

Le problème est que la comparaison n'était plus valide une fois la théorie disparue et le contrôle du juge administratif français imposé. Elle aurait dû être déplacée vers l'acte juridique ordinaire. Aujourd'hui encore, néanmoins, l'ancienne théorie est à l'origine de nombreuses confusions. Le droit administratif a évolué en vase clos et les auteurs ont perdu de vue les racines d'anciens privilèges aujourd'hui dépassés.

La deuxième explication est liée à la profonde évolution du droit administratif et au long effort fourni par les juges pour imposer un contrôle et réglementer l'activité administrative⁹⁵², notamment en matière d'exécution⁹⁵³. Ils ont conduit la doctrine à déplacer son analyse du champ exécutoire vers les zones obligatoire et probante de l'acte administratif. Au même

⁹⁵² À noter à cet égard un article consacré à "La signification du principe de légalité dans l'administration moderne", paru in *A.P.T.*, 1980, p. 285, dans lequel L. MOUREAU s'attache à montrer le parallélisme qui existe en Belgique entre le développement des administrations et le renforcement des contrôles juridictionnels exercés sur elles, comme si un frein était opposé à l'interventionnisme envahissant. Les différentes étapes distinguées par l'auteur dans l'histoire de Belgique ne sont pas très éloignées de celles distinguées en doctrine au début de l'étude, mais une nouvelle fois avec un léger décalage.

⁹⁵³ La démarche de R. CHINOT, le premier auteur à s'attaquer au privilège de l'exécution d'office au lendemain de la deuxième guerre mondiale, est révélatrice à cet égard. Sans doute le privilège a-t-il existé en 1870, voire en 1900. Sans doute est-il loisible en 1945 de constater "en fait que l'administration agit encore fréquemment d'office; mais est-elle en droit de le faire, et le fait-elle encore en vertu d'un privilège général ?" (p. 14) Selon l'auteur, le privilège compte parmi un certain nombre "d'idées toutes faites" dont la crise est consommée de par l'assujettissement progressif de l'administration à la loi par les juridictions.

moment, on est passé d'une conception empirique à une représentation plus conceptuelle du droit.

La troisième explication tient au contexte dans lequel les concepts sont nés et ont évolué. Il s'agit du contentieux administratif français. Il a permis aux privilèges de subsister en dépit de toute comparaison rigoureuse avec le droit commun. Les privilèges y sont en effet secondaires par rapport à un privilège plus essentiel en droit administratif français : le privilège de juridiction⁹⁵⁴.

310. Une séparation "en mauvais termes". Avec le recul, les trois explications sont déjà décelables dans la théorie de la décision exécutoire mise au point par M. HAURIU. Elle est à l'origine de la formulation actuelle des privilèges en doctrine française et belge. Pourtant, le privilège est encore unique à l'époque. Il s'agit du privilège de l'exécution provisoire ou préalable. C'est surtout après la Seconde Guerre mondiale que le privilège se sépare artificiellement en deux. Mais ils "se séparent en mauvais termes".

Jusque-là, l'ancien privilège de l'exécution préalable formait un tout intelligible. Certes, dès le départ, il était assailli par les autres forces de l'acte juridique. Mais la dispense de l'intervention du juge pour autoriser *in fine* le recours à la force restait au centre des préoccupations, dans une sorte de contrainte graduée.

Tel n'est plus le cas lorsque le privilège s'est séparé en deux. L'exécution forcée s'est retrouvée d'un côté, et le préalable de l'autre. En règle⁹⁵⁵, le privilège de l'exécution d'office a été spécialisé dans le recours à la force. En cela, il est aujourd'hui le moins contesté. L'est uniquement son champ d'application.

Le privilège du préalable, quant à lui, a permis toutes les fantaisies à partir des forces obligatoire, probante et exécutoire au sens restreint du terme. Son contenu est modulable à la guise des auteurs. Mais, très souvent, le critère de l'exécution forcée est usurpé. L'intervention du juge est présentée comme étant nécessaire à l'existence de l'acte unilatéral, à son exécution non forcée, voire même au bénéfice de la présomption de légalité.

⁹⁵⁴ C'est en effet lui qui "entraîne l'application de règles juridiques exorbitantes" (J.-M. AUBY, *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. 13, Paris, Dalloz, 1963 (1956-1960), p. 530). Mais tous les auteurs ne partagent pas ce point de vue. F. MODERNE, par exemple, malgré son souci de trouver des indications fondamentales dans l'évolution historique du système français, voit dans l'édition de décisions obligatoires susceptibles d'être exécutées par la force, une première manifestation de la puissance publique à laquelle "s'ajoutent" seulement le privilège de juridiction et le contrôle restreint de l'action administrative (*op. cit.*, T. I, 1960, pp. 105 et 115). C'est pourtant là qu'apparaît le plus nettement, selon lui, le caractère privilégié de la situation qui est faite à l'administration. "Aux prérogatives juridiques dont bénéficiaient les personnes publiques s'ajoutait ainsi une situation de fait particulièrement favorable au pouvoir administratif" (p. 131, *id.*).

⁹⁵⁵ Comp. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 830, p. 353 : "À la différence du privilège de la décision exécutoire qui se situe essentiellement dans l'ordre juridique, le privilège d'exécution d'office déroule ses effets exclusivement dans l'ordre matériel, concret". La diversité d'opinion existe néanmoins. M. ROUSSET, par exemple, est d'avis d'écarter la notion d'exécution d'office parce qu'il s'agit d'une "notion extensible qui englobe à la fois la soumission volontaire et l'emploi de la force matérielle (...) (et) recouvre l'effet juridique de l'acte aussi bien que son exécution" (*op. cit.*, 1960, p. 90, *ad.*).

Les mauvais termes de la séparation s'étendent aux noms donnés aux "nouveaux privilèges". Au lieu d'être adaptée à chaque privilège, l'expression originale a simplement été divisée en deux, sans aucun souci de cohérence⁹⁵⁶.

Finalement, les privilèges sont présentés de manière conjointe, en dépit de champs d'application radicalement différents. La généralité de l'un suppose alors dangereusement la généralité de l'autre.

311. Un catalogue de privilèges. Pour être complet, le diagnostic doit encore rappeler l'incohérence terminologique qui sévit dans la matière, de même que "l'effilochement" des privilèges à travers une série d'éléments qui jouent sur les trois forces de l'acte juridique, mais de manière inconstante.

Plus que deux privilèges, il s'agit virtuellement d'un "ensemble de privilèges"⁹⁵⁷, de privilèges "agglomérés", combinés⁹⁵⁸ voire modulables⁹⁵⁹. À tel point qu'il est parfois difficile de déterminer la part de chacun d'eux⁹⁶⁰.

⁹⁵⁶ Voy. ci-dessous, n° 313 et s. L'attribution d'une partie du nom auparavant "réservé" à l'exécution forcée ne va pas de soi *a priori*.

⁹⁵⁷ De l'expression de M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 86 et 87 : un ensemble de privilèges qui trouvent prétendument leur source dans la présomption de légalité. *Add.* F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 60 : "les différents aspects du privilège du préalable" (présomption de légalité, pas d'effet suspensif et position de défendeur), ainsi que pp. 153 à 155 (mélange); M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 13 (tous ces droits ensemble) et 185; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 56 (les aspects du privilège du préalable) et p. 81 (des privilèges "complémentaires"); J.-C. VÉNEZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 367 : "un certain nombre d'éléments adventices"; J. RIVERO, "Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives", in *Études offertes à P. Kayser*, T. II, Presses univ. d'Aix-Marseille, 1979, pp. 379 à 382 et les "facettes" du privilège de la décision exécutoire que l'auteur distingue, voire élimine, pour coller aux actes permissifs (*add.* B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, pp. 247 et 248, n° 15 à 20). L'amalgame est souvent de mise, comme chez R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 56 : l'auteur énonce les aspects de l'effet obligatoire, du moins présentés comme tels : respect provisionnel dû aux actes administratifs, privilège du préalable, obligation d'obéissance préalable, modification immédiate de l'ordre juridique, non suspension de l'exécution en cas de contestation. Comp. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 1100, p. 475 : globalement, "la notion de privilège s'avère impossible à synthétiser, s'analysant plutôt en un catalogue commode qu'en une notion unitaire". Comp. aussi les approches de G. DUPUIS ou de F. MODERNE, tous deux *op. cit.*, 2 T., 1960 (resp. les privilèges et les prérogatives de l'administration); F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, pp. 13 à 24. Ils distinguent presque autant de privilèges que d'aspects différents.

⁹⁵⁸ Comp. J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 61.

⁹⁵⁹ On peut en effet constater que ces "privilèges" se réagglomèrent aussi tôt que l'on tente d'isoler l'un d'entre eux par rapport à l'ensemble contentieux. Comp. à propos de l'absence d'effet suspensif des recours devant le Conseil d'État : B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, pp. 245 et s., n° 7 et s., sp. p. 246.

⁹⁶⁰ Rem. par exemple la formulation globale de C. LAMBOTTE, *op. cit.*, 1987, p. 20 et note 18 : "L'administration impose unilatéralement des obligations aux administrés; elle peut exécuter les décisions sans passer par le juge; ces décisions jouissent d'une présomption de légalité, jusqu'à l'intervention du juge qui annule la décision ou en constate l'illegalité; l'administration agit et peut agir *préalablement* à toute décision d'une autorité juridictionnelle ou d'une autre autorité supérieure munie du pouvoir de réformer ou d'annuler ses actes. La décision administrative jouit du privilège de l'exécution d'office et du "privilège du préalable". À ces privilèges d'exécution d'office et du préalable, la loi a apporté certaines exceptions en imposant, dans des cas déterminés, l'intervention du juge".

Les privilèges s'apparentent souvent à une sorte de précis résumé à l'extrême⁹⁶¹. Ils décrivent le contentieux administratif dans son ensemble⁹⁶², toutes facettes mélangées, sans que cela soit pourtant réalisable en quelques lignes. Ils sont évocateurs d'un tout - ils sont d'ailleurs d'une certaine manière intimement liés entre eux⁹⁶³ -, mais ils contiennent inévitablement de nombreux raccourcis, parfois très dommageables sur le plan théorique. Des optiques très différentes sont mélangées, en particulier les points de vue volontaire (le mode de création du droit) et contentieux (la contestation et ses implications)⁹⁶⁴. Mais, parce que l'approche est contentieuse, le premier est en quelque sorte absorbé par le second.

Une telle dispersion se traduit en jurisprudence par l'absence de décisions appréhendant les privilèges de façon générale, à la manière des précis⁹⁶⁵. L'effet d'ensemble n'en demeure pas moins une sorte de "super-privilège" en vertu duquel tout semble permis à l'administration.

Au terme d'une analyse rigoureuse, pourtant, seul un élément est de nature à emporter la qualification de privilège au sens propre du terme. Il s'agit de l'action unilatérale, d'un point de vue quantitatif. Mais ce privilège n'est pas déterminant eu égard au privilège de l'exécution d'office.

⁹⁶¹ Comp. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 202bis, p. 308, note 1, déjà cité, selon lequel la "matière" de l'exécution provisionnelle (le privilège du préalable) est répartie dans une série de rubriques disparates. Il s'agit de notions faussement synthétiques, l'expression "notions synthétiques" figurant déjà chez M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 64. F. MODERNE écrit à propos des "constructions de M. HAURIOU" qu'elles conduisent à envisager l'ensemble du droit administratif, avec toute la difficulté que comporte la délimitation de tels sujets (*op. cit.*, T. I, 1960, p. 2). Plus encore que des axiomes, il s'agit d'abstractions, très fréquentes à l'époque. Elles reflètent souvent des conceptions philosophiques, comme en témoigne l'ensemble du premier tome de la thèse de F. MODERNE, à travers des noms comme M. HAURIOU (dont la pensée "singulièrement complexe" est "encombré(e) de réminiscences philosophiques ou sociales", p. 190) ou L. DUGUIT. L'idée d'obéissance est en l'occurrence le pendant de la puissance publique et de l'inégalité naturelle entre les gouvernants et les gouvernés. Les premiers commandent, tandis que les seconds doivent obéir. En aval, il en va de même de la présomption de validité et des autres institutions, dont l'intérêt est de préciser ces conceptions. À l'encontre des "généralisations hâtives" et des "systématisations rigides s'imposant avec une logique sans merci" à perte de vue des réalités concrètes (mais sans indiquer leur origine), voy. D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 5, p. 14.

⁹⁶² Comp. P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, p. 38 : l'approche de l'ensemble du droit administratif est éminemment contentieuse, pour des motifs avant tout historiques. Les formes procédurales des recours contentieux, en particulier, ont exercé une influence déterminante sur les méthodes selon lesquelles le régime des actes administratifs est étudié et exposé. Dans ce sens : F.-P. BENOIT, préface à F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, p. I.

⁹⁶³ Comp. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 686 et 687, pp. 289 et 290 (surtout la décision exécutoire et la présomption de légalité : p. 291, n° 691) : les notions sont complémentaires.

⁹⁶⁴ D'où des notions parfois inventées pour en rendre compte, telles "l'effectivité" à côté de la validité. Dans ce sens : G. KOUBI, *op. cit.*, R.D.P., 1990, p. 1496.

⁹⁶⁵ En effet, la jurisprudence qui fait écho aux privilèges se concentre généralement sur un élément isolé (celui qui peut trouver à s'appliquer). Par ailleurs, il ressort certaines tendances propres à chaque juridiction de la jurisprudence citée au fur et à mesure de l'analyse des éléments de définition. Ainsi, la juridiction administrative (également la section de législation du Conseil d'État) voit surtout une présomption de légalité dans le privilège du préalable, à travers l'absence d'effet suspensif du recours ou la suspension dérogatoire. Les juges ordinaires, quant à eux, sont plus sensibles à l'existence ou non d'un titre exécutoire que l'administration serait en mesure de se délivrer à elle-même. Un tel partage n'est guère surprenant. Il correspond aux affinités du contrôle respectif.

II. Le remède

312. Un recentrage. L'éclatement tous azimuts des privilèges, posé comme diagnostic, requiert un remède annoncé : leur recentrage sur ce qui, sans conteste, leur est propre. Il suppose auparavant l'élimination des caractères inadéquats, c'est-à-dire sans rapport logique, au sens strict⁹⁶⁶, avec le noyau dur des privilèges.

Or, l'analyse a révélé qu'aucun des éléments mentionnés en doctrine n'est déterminant pour l'exécution forcée administrative, si ce n'est le critère de l'absence d'autorisation préalable d'un juge qui permet précisément d'identifier un privilège.

Il convient donc de focaliser l'analyse sur cet élément, ce qui revient à isoler l'acte dans le temps et dans une force déterminée. Cela permet d'éviter de parer l'acte administratif unilatéral de vertus imaginaires qui en donnent une "image déformée"⁹⁶⁷, comme du droit administratif dans son ensemble avec les privilèges.

L'élément est le plus communément appelé le privilège de l'exécution d'office. Il est le seul dont le contenu est relativement constant à travers le temps et les auteurs. Un peu "grâce" au privilège du préalable, il faut le préciser, car ce dernier a souvent entraîné les forces obligatoire et probante dans son sillage, de même d'ailleurs que l'exécution volontaire. Or, ce sont ces dernières qui ont entraîné le plus d'ambiguïtés et d'approximations.

313. La rectification du nom. Le recentrage des privilèges est l'occasion d'en rectifier le nom après s'être penché sur les expressions.

L'histoire enseigne en effet que l'expression unique à l'origine - l'exécution préalable - a été scindée en deux pour composer le privilège du préalable et celui de l'exécution d'office. Or, avec le recul, la première expression aurait mieux convenu à l'évolution du second privilège.

Par le passé, l'exécution préalable visait en effet celle préalable à l'intervention du juge quelle qu'elle soit. L'absence de contrôle juridictionnel de l'administration, d'abord, et le contrôle *a posteriori*⁹⁶⁸, ensuite, permettaient de valider l'expression. Tel ne saurait plus être le cas

⁹⁶⁶ Comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 3, à propos de l'autorité de chose décidée rassemblant pourtant toutes les forces : "Au lieu de photographier l'acte administratif aux différents stades de son évolution, aux différentes étapes de son développement, au lieu de restituer le mouvement par la succession d'images distinctes, la doctrine propose un seul et unique daguerréotype. Dans l'ensemble, elle persiste à vouloir imprimer sur une seule et même plaque photographique des images, exactes en elles-mêmes, mais dont la superposition sur un seul cliché brouille la compréhension. La gageure est impossible à tenir, tant la réalité à reproduire est riche en aspects divers et évolutifs. L'acte administratif n'est pas unidimensionnel".

⁹⁶⁷ R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 28.

⁹⁶⁸ Un contrôle ne permettant que la réparation ultérieure du dommage éventuellement causé par une action illégale. Comp. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 350 : l'exécution est en principe préalable à l'intervention du juge lorsqu'elle survient. Plus tard, G. DUPUIS constate encore expressément que "la doctrine dominante se réfère principalement pour définir ce privilège au problème de l'exécution provisionnelle, c'est-à-dire à la question de savoir si une contestation relative à la régularité d'une norme en suspend l'exécution" (*op.*

aujourd'hui. Les modalités du contrôle juridictionnel ont profondément évolué. Il est désormais susceptible d'intervenir *a priori*, surtout en droit belge, devant le même juge et dans les mêmes conditions que pour les particuliers⁹⁶⁹. Même lorsque l'exécution concernée est de type forcé, elle n'est donc plus nécessairement préalable à l'intervention du juge.

Par contre, le préalable convient parfaitement pour désigner le préliminaire imposé en principe à toute exécution forcée, aussi bien en droit commun qu'en droit administratif, à savoir l'autorisation *préalable* du juge. Le privilège du préalable emporte ainsi, conformément à l'expression, la dispense de ce préalable⁹⁷⁰.

La formule raccourcie par rapport à l'ancienne fait de la sorte mieux que simplement désigner l'objet auquel elle se rapporte. Elle symbolise l'évolution à la fois du contentieux et des privilèges. Aujourd'hui, le privilège ne permet plus nécessairement le recours à l'exécution forcée *avant* l'intervention du juge, mais bien *sans* l'autorisation du juge.

314. Des arguments en faveur du préalable. Divers arguments peuvent encore être avancés en faveur de la rectification proposée.

D'abord, il est très rare, il faut insister là-dessus, de ne pas retrouver le terme préalable, l'un de ses dérivés ou l'un de ses synonymes, dans les développements liés à l'exécution forcée⁹⁷¹.

Ensuite, l'expression convient beaucoup mieux à l'exécution forcée - il s'agit d'ailleurs de son contexte d'origine - qu'à l'action unilatérale⁹⁷², l'exécution non forcée⁹⁷³ ou la présomption de légalité⁹⁷⁴, à partir desquelles de fausses illusions ont précisément été créées⁹⁷⁵.

cit., T. I, 1962, p. 134, n° 84). Le vocable correspond au pouvoir de l'administration de passer à l'exécution d'une norme contestée, *préalablement* à tout contrôle juridictionnel.

⁹⁶⁹ Puisque par définition, le privilège d'exécution d'office a pour objet de contraindre les particuliers dans leurs personnes et dans leurs biens. Dans ce sens : C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 835, p. 356.

⁹⁷⁰ Rem. en droit français : P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 46, p. 28; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 179 : la délivrance d'un titre exécutoire; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 349. En droit belge : G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475 (ce préalable que constitue l'obtention d'un titre exécutoire), suivi par E. WILLEMART, "Les amendes fiscales et les droits du contribuable", *J.T.*, 1999, p. 758.

⁹⁷¹ Beaucoup d'auteurs utilisent ainsi l'expression sans mentionner ni faire apparaître le moindre lien logique ou terminologique avec l'objet décrit. De la sorte, en droit belge : F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 105, pp. 78 et 79, sauf peut-être une sorte d'obéissance préalable à l'intervention du juge. À la lecture, cependant, le lien plus indiqué avec l'exécution forcée saute aux yeux, en particulier à travers les mots "*zonder voorafgaande tussenkomst van de rechter*" (p. 78, n° 104, *idr*). Ainsi, le terme préalable se retrouve souvent utilisé dans le texte pour décrire le privilège qui n'en a pourtant pas le nom !

⁹⁷² Certes, une décision est nécessairement préalable au contentieux (la "décision préalable"), comme d'ailleurs à toute forme d'exécution. Mais l'optique ici retenue n'est pas purement descriptive. Il s'agit en effet d'identifier un privilège. Par rapport à l'exécution forcée, la décision est située trop loin en amont pour être prise en compte comme un élément de causalité déterminant. Surtout, la décision ne suffit pas à autoriser l'exécution forcée. Et en règle, elle ne requiert pas l'intervention du juge.

⁹⁷³ Dans la même vaine que la note précédente, comp. G. KOUBI, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1990, p. 1498 et la différence entre les décisions exécutoires "par elles-mêmes" et celles après approbation (d'où la notion d'autorisation préalable).

⁹⁷⁴ Dans ces trois cas, l'intervention du juge n'est pas nécessaire. Elle l'est seulement pour l'administration

D'une part, en effet, le juge est aujourd'hui apte à statuer dans les délais les plus brefs, ce qui exclut l'ancienne conception favorable à l'extension quasi illimitée du préalable à tout ce qui précède l'intervention du juge, selon une optique contentieuse⁹⁷⁶.

D'autre part et surtout, le "préalable juridictionnel"⁹⁷⁷ est seulement requis pour l'exécution forcée, sauf exception⁹⁷⁸. Pourtant, une partie considérable de la doctrine associe à tort le terme préalable à une autre force⁹⁷⁹, dans le prolongement de ses approximations. Ce faisant, elle

non bénéficiaire de l'exécution d'office, en cas de résistance.

⁹⁷⁵ Il faut y ajouter le caractère non suspensif du recours, mais qui est le régime de droit commun en dehors de l'acte juridictionnel.

⁹⁷⁶ Comp. F.-P. BENOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 528, n° 908 : "Ce vocable de privilège du préalable apparaît comme une manifestation de cette tendance des juristes de droit public à présenter tout le droit administratif par le biais du contentieux, et sous un éclairage de lutte entre l'administration et les particuliers, au lieu de le présenter en lui-même sous ses aspects positifs, c'est-à-dire en tant qu'il organise les rapports quotidiens, et généralement pacifiques, de l'administration et des particuliers". Comp. aussi chez C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 130, la notion de "situation préalable".

⁹⁷⁷ J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 24.

⁹⁷⁸ Telle l'expropriation. Rem. à ce propos C.E., n.v. Eikenaar, n° 65.039, 6 mars 1997 : selon le requérant, le privilège du préalable (non défini) ne peut être invoqué pour s'octroyer ce que seul le juge peut accorder.

⁹⁷⁹ Ainsi, J. MOREAU souhaite écarter l'expression privilège du préalable parce que le terme préalable "signifie seulement que l'autorité provisoire qui s'attache à l'acte unilatéral est préférable à toute vérification juridictionnelle. Elle est donc plus précisément *immédiate*. La formule qu'emploie parfois Hauriou "procédure d'action directe" serait donc préférable !" (*op. cit.*, 1989, n° 150, p. 211). Comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 57. Comme pour l'exécution forcée, des formules dérivées font parfois l'affaire, telle la mention "d'où l'expression privilège du préalable" ou "d'où le terme préalable", ou, d'une manière comparable, notamment par l'usage plus discret de l'adverbe *préalablement* (parfois expressément pour définir le privilège du préalable), voire par l'usage de caractères italiques soulignant le rapport. De la sorte en droit français : M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 84 (en ce qui concerne la force obligatoire et la présomption); R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 47 (attributs obligatoire et exécutoire, "par définition"); C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 34 (force obligatoire); F. SATCHIVI, *op. cit.*, *L.P.A.*, 7 septembre 1990, p. 15, *idr* (l'exécution "préalablement à tout contrôle juridictionnel"); A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668 (le terme se rapporte à l'intervention du juge dont on a vu qu'elle est nécessaire non pour sortir ses effets obligatoires, comme le laissent entendre les auteurs, mais bien exécutoires de manière forcée); J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 92, n° 97 (présomption de légalité); R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 668, p. 449 et n° 672, p. 452 (présomption de légalité). Comp. déjà L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 3. En droit belge : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345 (pour réaliser ses droits); C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 250 et 251 (*impl.*) et *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139 et note 15; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 (présomption de légalité); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 221, p. 307; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 126 (titre exécutoire et présomption); M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 8 ("recourir préalablement à la justice"); A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 7, n° 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 7, n° 8 (italiques pour au préalable et *vooraf* - présomption); I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 83, p. 32 (présomption). *Add.* B. JADOT, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1982, n° 9, p. 246 (obéissance); M. DONY, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1985, p. 82 (caractère exécutoire); C. LAMBOTTE, *op. cit.*, 1987, p. 20; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 365, à propos du préalable conçu comme une présomption de légalité "avant toute intervention du juge"; concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ préc. Cass., 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1184, à propos du privilège du préalable conçu comme la simple mise en œuvre des décisions avant l'intervention du juge. Sans oublier la jurisprudence judiciaire, enseignée sous le titre II, n° 698, sp. note 356, à l'appui de la thèse défendue : le privilège du préalable est intimement associé à l'existence d'un titre exécutoire en dehors de l'intervention du juge, ce qui a le mérite de se rapprocher au plus près du droit commun. Cette jurisprudence-là est en fin de compte peu réceptive aux conceptions doctrinales peu soucieuses de la réalité.

confirme néanmoins la relation privilégiée du préalable avec l'intervention du juge, à l'instar de l'ancienne expression.

Finalement, ce qui vient d'être établi au fond reçoit une consécration du point de vue terminologique.

D'une part, le préalable vise quelque chose qui prépare ou doit précéder autre chose. L'idée est toujours présente que le préliminaire s'impose ou est indispensable non pas pour lui-même, mais pour ce qui suit⁹⁸⁰.

D'autre part, la structure de l'expression "privilège du préalable" donne également à réfléchir. Le terme préalable y est un nom commun permettant de désigner un objet précis. L'approche est donc toute différente de l'ancienne expression nettement plus vague, dans laquelle le même terme était un adjectif se rapportant certes à l'exécution, mais pouvant servir à décrire globalement une situation privilégiée préalable à l'intervention du juge en termes absolus. Dans cette optique, il eût même été préférable de parler des prérogatives préalables.

Dans la nouvelle expression, le privilège vise au contraire un préalable, par rapport auquel l'avantage doit être défini. Ce préalable convient parfaitement pour désigner l'obtention d'un titre exécutoire qui, de son côté, a l'avantage d'être clairement liée à l'exécution forcée dont elle conditionne l'éventualité. En clair, la modification apportée à l'expression, vraisemblablement inconsciente chez M. HAURIU, permet d'actualiser la notion avec toute la rigueur souhaitée.

315. Des changements de nom collatéraux. Il reste alors deux difficultés à rencontrer. La première est liée au sort de l'expression "l'exécution d'office". La seconde au nom qu'il faut désormais donner au privilège quantitatif identifié en doctrine à l'endroit de l'action unilatérale⁹⁸¹ et parfois appelé le privilège du préalable.

S'il fallait identifier un privilège administratif indépendant de l'exécution forcée mais lié à l'action unilatérale, l'expression "action d'office" est susceptible de convenir, encore que l'on préfère l'expression plus concrète et moins pompeuse de l'action unilatérale.

Dans la perspective retenue, il importe surtout de dissocier soigneusement la prérogative des privilèges liés à l'exécution forcée afin d'éviter que le champ d'application extrêmement large de la première soit prêté aux seconds. Leur compagnie trop intime peut être taxée de dangereuse sur le plan théorique⁹⁸². Il s'agit de questions bien distinctes, même s'il est vraisemblable que les privilèges trouvent principalement à s'appliquer en matière unilatérale.

⁹⁸⁰ Voy. le *Nouveau Petit Robert*, éd. 1995, et les synonymes mentionnés. Le dictionnaire indique notamment sous l'adjectif "Qui a lieu, est examiné, se fait ou se dit avant autre chose, dans une suite de faits liés entre eux" (idr) ou encore sous le nom "Condition ou ensemble de conditions *sine qua non* auxquelles est subordonnée l'ouverture de négociations".

⁹⁸¹ Pour le reste, aucun privilège n'a pu être identifié en ce qui concerne l'exécution non forcée ou la présomption de légalité.

⁹⁸² Il en va de même, on l'a vu, en ce qui concerne la présomption de légalité et les institutions liées à l'exécution non forcée.

Concernant l'exécution d'office, il faut reconnaître la proximité de l'expression à celle du préalable. Cela n'a rien d'étonnant dès lors que le privilège unique, au départ, mêlait les deux expressions dans le "privilège de l'exécution préalable". Elles sont d'ailleurs souvent confondues. Avec le recul, cependant, l'exécution d'office est moins adéquate que le privilège du préalable.

316. La souplesse de la locution "d'office". En effet, la locution adverbiale "d'office" est susceptible de se rapporter à la dispense de l'autorisation du juge⁹⁸³. Mais il s'agit d'une notion plurielle, dont il a déjà été constaté en doctrine qu'elle est reprise par de nombreuses dispositions légales⁹⁸⁴, y compris dans le chef d'autres pouvoirs⁹⁸⁵, et dont il n'est pas possible de dégager un sens juridique commun⁹⁸⁶.

En ce qui concerne les privilèges, on peut citer le privilège de l'action d'office ou même le "privilège d'office"⁹⁸⁷. Le plus commun est cependant l'exécution d'office. Or, selon cette formule, le caractère d'office se rapporte directement à l'exécution⁹⁸⁸, alors que, d'habitude, elle désigne plutôt la décision, à l'instar d'ailleurs de l'action d'office.

Le *Nouveau Petit Robert*⁹⁸⁹, pour ne citer que lui, rapporte en effet clairement la locution à la prise de décision, sans jamais faire référence à l'exécution. Dès lors, aucune conséquence décisive ne peut en être tirée concernant l'exécution d'office. Le dictionnaire indique sous la

⁹⁸³ Comp. M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 21 : "l'exécution d'office par l'administration elle-même, "par défaut", sans jugement, sans garanties à la défense".

⁹⁸⁴ Voy. C. DAUBANTON, "Cachez ces conclusions que je ne saurais voir !", obs. sous com. Huy, 20 novembre 1996, J.L.M.B., 1997, p. 363. Pêle-mêle, sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer : la condamnation d'office au paiement d'une indemnité, la faillite d'office, la démission ou le licenciement d'office, la mobilité d'office, la retenue d'office, la succession d'office des Communautés et des Régions à l'État fédéral à propos de matières transférées (une novation légale par changement de débiteur), l'élimination d'office de déchets d'une entreprise et l'assainissement d'office de sites, l'inscription d'office et le lieu obligatoire d'inscription des étrangers respectivement au registre de la population d'une commune et dans un centre organisé ou agréé par l'État, la radiation d'office, la réiliation d'office d'un marché public, la récupération d'office d'indu, la compensation d'office, l'établissement de l'impôt d'office, etc. L'expression "exécution d'office" revient souvent en législation en cas de remplacement administratif unilatéral, lorsqu'il s'agit de permettre à l'administration d'exécuter une obligation, au besoin par la force, en lieu et place de l'administré récalcitrant. Voy. *infra*, titre II, sp. nos 379 et s., ainsi que n° 602.

⁹⁸⁵ Le juge, par exemple, est parfois amené à prononcer une faillite d'office ou à écarter d'office des conclusions déposées hors délai. La Commission parlementaire de contrôle des dépenses électorales prononce d'office une sanction lorsque son avis n'est pas sollicité concernant une campagne d'information ministérielle projetée.

⁹⁸⁶ La locution ne sert pas seulement à désigner une prérogative. Certaines mesures d'office sont par exemple qualifiées de la sorte pour souligner leur illégalité. Le juge viole par exemple les droits de la défense lorsqu'il détermine d'office le fondement de la demande en faisant application d'une disposition légale sans avoir donné l'occasion aux parties de s'en expliquer.

⁹⁸⁷ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749.

⁹⁸⁸ Il ne se rapporte pas à la force exécutoire dont il pourrait être déduit qu'elle s'attache d'office à la décision administrative. La locution encouragerait-elle inconsciemment les auteurs à voir une portée générale dans le privilège correspondant ? Comp. l'expression utilisée par C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 208, à propos de la voie de fait : un correctif apporté à la force exécutoire "qui s'attache, d'office, à la décision administrative".

⁹⁸⁹ Le *Nouveau Petit Robert*, éd. 1995.

locution : "par le devoir général de sa charge; sans l'avoir demandé soi-même". L'avocat, l'expert est ainsi commis, nommé d'office. Il mentionne aussi "par l'effet d'une mesure générale", telle la mise à la retraite d'office.

Le dictionnaire corrobore ainsi la "définition classique" avancée par C. DAUBANTON⁹⁹⁰ : une décision prise par voie d'autorité, sans demande préalable. En cela, l'expression "action d'office" peut servir à désigner l'action unilatérale de l'administration, sans le consentement de l'administré. Appliquée par analogie à l'exécution⁹⁹¹, la locution est susceptible de se rapporter à l'exécution forcée disponible sans avoir dû en demander l'autorisation au juge préalablement⁹⁹². Dans ce cas, l'exécution forcée est décidée d'office, comme il est parfois donné de lire⁹⁹³.

317. Une expression à réserver. À bien y réfléchir, néanmoins, l'expression est moins adéquate que celle du préalable.

D'abord, la locution est moins précise que le mot préalable.

Ensuite, l'adverbe paraît trop puissant pour désigner la 'simple' exécution forcée autorisée en vertu d'un titre exécutoire extrajudiciaire et administratif. Il semble lui procurer un plus, une force supplémentaire, un avantage additionnel.

Aussi convient-il de réserver l'expression plutôt que de souhaiter trop rapidement sa disparition⁹⁹⁴. Elle peut s'avérer fort utile pour appréhender l'exécution forcée administrative,

⁹⁹⁰ *Op. cit.*, J.L.M.B., 1997, p. 363.

⁹⁹¹ Ou à toute forme d'exécution, même assimilée, telle la retenue d'office. Elle est toutefois susceptible d'être interprétée comme étant effectuée sans l'accord du "retenu". Voy. par exemple D. WAGNER, *op. cit.*, *Scolanews*, 1996, p. 2. Comp. également C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 208 : la force exécutoire s'attacherait "d'office" à la décision administrative.

⁹⁹² Ce que confirme au demeurant l'idée d'immédiateté également présente dans l'expression. Dans ce sens, apparemment, on relèvera Cass., 20 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, 75; *Droit communal*, 1994, p. 232 et note; *Entr. dr.*, 1995, p. 92; *M.C.*, 1995, p. 371, chron. M. BOVERIE; *R.B.D.C.*, 1995, p. 221, n° 34, chron. F. TULKENS et J. SOHIER : sauf texte légal ou circonstances particulières (urgence), "l'autorité communale ne peut procéder à l'exécution d'office, en dehors du domaine communal, des mesures qu'elle a édictées, sans recourir au juge". Comp. aussi M.-A. FLAMME, "Les mesures d'office et le privilège du préalable", obs. sous Cass., 20 mai 1994, *Entr. dr.*, 1995, pp. 377 à 380, arrêt également publié in *Pas.*, 1994, I, 497 et *R.W.*, 1994-1995, p. 815, mais ne mentionnant pas le privilège. Le "fameux privilège du préalable" est indistinctement mêlé (cette fois par l'auteur) à la prise de mesures d'office (la résiliation d'un marché) unilatéralement et sans s'adresser au juge. Décisions auxquelles l'entrepreneur, de surcroît, devrait "obéir, quitte à protester ensuite et à saisir, lui, le juge" (*Entr. dr.*, 1995, p. 380). *Add.* encore H. BUCH, *op. cit.*, 1970, p. 740. De nombreux exemples peuvent être cités en législation. Voy. *infra*, titre II, nos 430 et s.

⁹⁹³ Voy. not. R. CHAPUS, *op. cit.*, T. II, 11^e éd., 1997, n° 1358, p. 1061.

⁹⁹⁴ Une disparition déjà préconisée en ce qui concerne les deux privilèges. Voy. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 751, à propos de la théorie de la décision exécutoire dont l'élément essentiel est le privilège d'exécution d'office : qu'elle "disparaisse purement et simplement de la doctrine administrative où elle n'a fait qu'introduire confusions et idées fausses"; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1754, en ce qui concerne la décision exécutoire : "de executoire beslissing is een begrip ontleend aan de vreemde rechtsleer en heeft hier geen wortel geschoten. Ze is dan ook geen algemeen geldend rechtsbegrip van ons administratief recht"; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 400, pp. 561 et 561bis, en ce qui concerne le privilège de

dont la complexité est réputée. Il faut par contre éviter d'utiliser la notion par "une coupable habitude scientifiquement empreinte de légèreté"⁹⁹⁵. Il faut définitivement apprécier les privilèges à leur juste valeur et ne retenir une solution d'avenir que si elle permet de réconcilier les concepts tant avec la réalité du droit qu'avec les termes qu'ils utilisent.

III. Une hypothèse de travail

318. L'occasion d'innover. "En l'absence d'unanimité parmi les auteurs les plus autorisés, il est peut-être permis d'arrêter une terminologie qui reflète et évoque aussi simplement que possible les données de la vie juridique"⁹⁹⁶. L'aubaine est d'autant plus grande que deux expressions sont disponibles pour rendre compte de l'exécution forcée administrative dans ce qu'elle a d'éventuellement particulier par rapport au droit privé.

l'exécution d'office : "Finalement, dans la synthèse du droit positif, le privilège d'exécution d'office doit être replacé au rang qui est le sien : celui d'un aspect assez secondaire de l'exécution des normes. (...) on ne peut qualifier ainsi le privilège d'exécution forcée : sa réglementation juridique lui attribue un domaine trop limité" (voy. aussi G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401); toujours G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, p. 424, n° 305, mais à propos du privilège du préalable dont il a souligné l'ambiguïté et l'absence d'une définition unique (n° 303, p. 422) : "on peut vraiment souhaiter que le nom même du privilège du préalable disparaisse des exposés de droit administratif : non seulement cette expression est un barbarisme, mais surtout, elle ne désigne aucune réalité juridique". Pour rappel, l'auteur estime qu'une majorité se dessine pour comprendre le privilège du préalable comme celui de l'obéissance immédiate ou de l'exécution provisionnelle (p. 422, n° 303). À noter encore que, dans l'histoire du droit administratif, la puissance publique a été remplacée par le service public pour en guider le développement.

Comp. avec la suppression pure et simple préconisée de l'expression "décision exécutoire" du vocabulaire juridique, moins formellement liée avec les privilèges : J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265. *Contra* : P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 60 et 61, pour qui la proposition d'un substitut ne ferait sans doute qu'ajouter aux embarras du vocabulaire, et surtout les plus hautes instances juridictionnelles ayant déjà entériné la terminologie. En droit français : P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 48, p. 29; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 2^e éd., 1988, p. 357 (l'auteur remarque que l'expression de référence consacrée par le recueil des décisions du Conseil d'État français est celle de l'acte administratif); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 149, pp. 208 à 210 (au moins son évitement). *Contra*, vers une sorte de réhabilitation : not. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 25, 26 et 78; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 89, 106 et s. (et les "libertés terminologiques" du doyen HAURIU); C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 36 et 37; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 244, 245 ("la quintessence de l'acte administratif unilatéral, à la fois par son autorité et par ses effets"), ici p. 323 : il ne serait pas contradictoire de dire qu'une décision exécutoire n'est pas nécessairement susceptible d'exécution par la force, car le problème de l'exécution par la force des décisions exécutoires ne recouvre pas toute la force exécutoire des décisions. Certes, mais les ambiguïtés de l'expression demeurent, et elle induit de cette manière une différence largement utopique par rapport au droit privé !

⁹⁹⁵ G. DARCY, *op. cit.*, A.J.D.A., 1994, p. 665, à propos de la notion "plurifonctionnelle" de décision exécutoire : elle s'interroge à propos de son avenir en droit public.

⁹⁹⁶ M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, p. 11. Il s'agit en l'occurrence de notions avant tout doctrinales, utilisées pour décrire - de manière trop large et trop ambitieuse - l'action administrative dans sa diversité. Il ne s'agit d'un donné ni légal, ni jurisprudentiel. Aussi est-il permis (sans facilement) d'en rectifier le sens et la définition. Les expressions sont au demeurant imprécises. R.-G. SCHWARTZENBERG le soulignait déjà à propos des termes exécutoire, exécution d'office, action d'office, exécution préalable, utilisés par M. HAURIU (*op. cit.*, 1969, p. 112). Elles sont susceptibles de recevoir des sens différents.

Elle permet de faire le lien avec une objection dirimante formulée par C. CAMBIER à l'encontre de certains auteurs. Sont visés ceux⁹⁹⁷ définissant le privilège du préalable comme l'auto-délivrance d'un titre exécutoire et celui de l'exécution d'office comme permettant à l'autorité de recourir à l'exécution forcée sans l'autorisation du juge. Pour C. CAMBIER, il n'y a là qu'un seul et même privilège.

L'objection rejoint un des principaux enseignements révélés par l'analyse qui précède. Il consiste à éviter de scinder l'opération du juge, nécessaire à l'exécution forcée, compte tenu du risque, le cas échéant, de laisser croire que son intervention est indispensable pour créer du droit ou une obligation, pour permettre l'exécution volontaire ou spontanée, ou pour entraîner une présomption de légalité.

En même temps, l'objection permet de ne pas réduire une matière aussi complexe que l'exécution forcée⁹⁹⁸ à la seule nécessité de l'intervention du juge ou d'un titre exécutoire. Certes, ce dernier est indispensable. Mais il n'est pas suffisant.

319. L'utilité de deux privilèges. Un certain nombre d'auteurs ont déjà attiré l'attention sur l'insuffisance d'un privilège pour identifier les avantages de l'exécution forcée administrative. Ils ont proposé de distinguer l'exécution forcée et l'exécution d'office, le plus souvent au sein du deuxième privilège (celui de l'exécution d'office). Mais leur propos vise surtout à différencier deux sortes d'exécution différentes, du point de vue matériel⁹⁹⁹.

Tout autre est le point de vue développé par C. CAMBIER¹⁰⁰⁰, même s'il prend la même direction. Il se situe en aval du titre exécutoire¹⁰⁰¹. Il trouve probablement sa source dans les compétences particulières de l'auteur en matière judiciaire. Pour lui, l'intervention du juge ne se limite pas à délivrer un titre exécutoire, dont la dispense pour l'administration vaut déjà le privilège du préalable¹⁰⁰². L'exécution forcée, en particulier, appelle la réunion de "conditions supplémentaires" à l'obtention d'un titre exécutoire.

⁹⁹⁷ Ces auteurs sont assez nombreux. M.-A. FLAMME, pour prendre un exemple significatif, limite le privilège du préalable, mais il situe la délivrance d'un titre exécutoire en son sein, comme s'il n'était pas possible de faire autrement (*op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, pp. 8 et 9), ce qui, très artificiellement, le rend quasi indissociable avec celui de l'exécution d'office. *Add.* J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, pp. 126 et 127. *Comp.* aussi G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 178 et s., pour qui le privilège du préalable vise précisément l'auto-délivrance d'un titre exécutoire.

⁹⁹⁸ Voy. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 29 : la "complexité profonde du problème"; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 89 : "une épineuse question, et très controversée"; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 741 à 758; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, p. 426, n° 306 : une "question complexe, voire confuse"; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 553, n° 963, pour qui le problème de l'exécution forcée administrative "est un de ceux qui ont donné lieu à nombre d'affirmations erronées et de confusions".

⁹⁹⁹ Voy. *infra*, n° 383 et s.

¹⁰⁰⁰ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 250 et 251. L'auteur est largement suivi par G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 476 et 477. Ce qui est à la fois révélateur et porteur dans l'optique retenue : il s'agit de processualistes qui sont en principe au fait du droit commun de l'exécution.

¹⁰⁰¹ C. CAMBIER utilise d'ailleurs l'expression "l'exécution forcée d'office" (*op. cit.*, 1968, p. 251, note 3).

¹⁰⁰² C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139, note 15 : "La portée du privilège du préalable est, en effet, là : de dispenser la puissance publique de recourir à la justice pour faire reconnaître et sanctionner par le juge ce qu'elle revendique".

En effet, "La confusion n'est pas à faire entre un titre exécutoire qui ouvre par lui-même la voie à des mesures d'exécution et cette exécution"¹⁰⁰³. "Entre l'acte exécutoire et l'exécution forcée, s'intercale tout le mécanisme des voies d'exécution réglé par le Code judiciaire"¹⁰⁰⁴. Et "si elle s'attribue à elle-même, sans préalable recours à la justice, un titre exécutoire, la puissance publique n'est point pour autant dispensée d'agir selon les procédures judiciaires prévues pour obtenir l'exécution forcée par la contrainte, de ses droits", en l'occurrence "de recourir à la justice au stade de la réalisation des contraintes déclenchées"¹⁰⁰⁵, c'est-à-dire de recourir au juge des saisies ou d'agir sous son contrôle. Le privilège de l'exécution d'office consiste précisément dans la dispense desdites conditions, lorsque "Dans certains cas l'administration ne doit pas les remplir. C'est là que se trouve le privilège : l'administration peut, d'office et d'emblée, exécuter son titre exécutoire. Plus exorbitante encore que la première, cette prérogative est, aussi, plus limitée"¹⁰⁰⁶.

320. Une simple hypothèse. À vrai dire, C. CAMBIER est très isolé dans sa démarche¹⁰⁰⁷. De plus, il n'a guère approfondi ce qui est resté, en définitive, une hypothèse de travail¹⁰⁰⁸. Le titre II sera donc consacré à sa vérification, de même qu'à celle des conditions évoquées et de leur dispense éventuelle.

En définitive, l'hypothèse cadre parfaitement avec les premières conclusions de l'étude. Elle préconise en effet une comparaison avec le droit commun, en même temps qu'elle conserve le noyau dur de l'ancien privilège et maintient ensemble deux privilèges habituellement présentés de manière conjointe.

¹⁰⁰³ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139.

¹⁰⁰⁴ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251, note 2.

¹⁰⁰⁵ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139 et note 16, ainsi que p. 144 et note 32. Et l'auteur de mentionner les articles 1395 et 1396 du Code judiciaire.

¹⁰⁰⁶ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251 et *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 139 et 140.

¹⁰⁰⁷ Même s'il juge suffisant d'écrire *op. cit.*, 1968, p. 251, note 2, qu'il n'est pas exact d'avancer, comme A. BUTTGEBACH et F. DE VISSCHERE, que le privilège de l'exécution d'office correspond au droit pour l'administration de se passer d'un titre exécutoire à obtenir d'un tribunal. Si "Le privilège du préalable lui vaut déjà ce bénéfice", c'est parce qu'il l'a défini comme tel. Ce faisant, contrairement à bon nombre d'auteurs, il est resté cohérent. La délivrance du titre exécutoire forme un tout homogène. L'opération du juge est indissociable dans ses éléments. Le privilège du préalable vaut une fois pour toutes l'attribution d'un titre exécutoire. La distinction est artificielle entre la délivrance du titre et celle du titre exécutoire. *Comp.* déjà sur ce point G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1925, pp. 255 et 256. *Comp.* encore G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 476, *impl.*; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 834, note 240. À noter cependant que, matériellement, le titre n'est rendu exécutoire qu'une fois les délais de recours épuisés et à la demande du créancier, par le retrait de l'expédition requise. Mais les intérêts courent à dater de la citation. *Add.* A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 : la dispense de s'adresser préalablement à un juge pour que ses droits soient constatés officiellement (le privilège du préalable) rend inutile le privilège de l'exécution d'office lié à la contrainte, même à défaut de mentionner dans le premier cas que l'administration se donne à elle-même un titre exécutoire.

¹⁰⁰⁸ La définition est donc hypothétique et sert seulement à guider les recherches. Il s'agit d'un "instrument de recherche susceptible d'être affiné en fonction des résultats obtenus" (F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, p. 4), non d'une définition *a priori* risquant de limiter arbitrairement le champ des investigations ou de les orienter dans de fausses directions.

La définition qui pourrait en résulter devrait aussi être plus respectueuse du sens commun des termes utilisés et permettre ainsi une plus grande précision et une plus grande lisibilité. On profite en quelque sorte du désaccord en doctrine pour s'attirer les grâces de la terminologie¹⁰⁰⁹.

321. L'exécution forcée d'office. Cela dit, il faut éviter les conclusions préfabriquées. Il convient donc de vérifier d'emblée si la locution d'office est adéquate pour désigner les "conditions supplémentaires" nécessaires à la réalisation de l'exécution forcée. Et cela même si ce rôle programmé dépend, au fond, de la suite des recherches.

Or, il s'avère précisément que, contrairement au préalable et par déduction (soit négativement) par rapport à lui, la locution se rapporte directement à l'exécution dont elle est susceptible de traduire un caractère particulier. Positivement, cette fois, il ne s'agit donc pas seulement d'exécution forcée, mais bien d'exécution forcée d'office¹⁰¹⁰. Plus que forcée, l'exécution se réalise d'office.

Par conséquent, l'expression "exécution d'office"¹⁰¹¹ devrait convenir *a priori* pour décrire ce "nouveau" privilège évoqué par C. CAMBIER. Dans certains cas, l'administration pourrait exécuter d'office son titre exécutoire¹⁰¹². Et si le privilège du préalable était susceptible d'exister seul, sans déboucher nécessairement sur l'exécution d'office, il constituerait néanmoins le préliminaire indispensable à l'exécution d'office, le cas échéant¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ La multiplication de sens différents donnés aux mots selon les disciplines, voire les sous-disciplines, conduit en effet à l'ésotérisme. Ce qui est vrai entre disciplines l'est également par rapport au langage courant. Comp. A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, selon lesquels, sans que l'on puisse tout à fait leur donner tort, "En droit civil et en droit administratif, les mêmes mots ne recouvrent pas toujours les mêmes notions (*op. cit.*, 1989, n° 2, p. 4; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 2, p. 4). L'important est de se rendre compte que cela n'est pas souhaitable. Mais aussi de faire en sorte que ce soit de moins en moins le cas. Or, l'occasion est rêvée puisque le risque de confusion lié à l'introduction de nouvelles définitions est minime. En effet, la confusion règne déjà.

¹⁰¹⁰ L'expression est utilisée par C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251, note 3. L'attribut laisse deviner un mode plus catégorique d'exécution. Alors que le recours à la contrainte semble épuiser le phénomène de l'exécution forcée, elle paraît accessoire avec l'exécution d'office.

¹⁰¹¹ À ne pas confondre avec l'exécution provisoire (ordonnée) d'office (à tort par le juge), rencontrée in Liège, 28 juin 1984, *Jur. Liège*, 1984, p. 546, obs. G. de LEVAL.

¹⁰¹² Sur ce point, l'acte administratif privilégié se démarquerait fondamentalement, le cas échéant, de l'acte notarié.

¹⁰¹³ Aucun scénario ne peut toutefois être rejeté d'office, *a priori* et sans un examen préalable.

Bref, le deuxième privilège "s'ajoute"¹⁰¹⁴ au premier. Dans certains cas, "le privilège du préalable entraîne celui de l'exécution d'office"¹⁰¹⁵. Mais jamais ce dernier ne remet en cause l'existence du premier¹⁰¹⁶. Il y va de prérogatives dissociées et dissociables¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139.

¹⁰¹⁵ L'expression est adéquate dans le contexte que l'on vient de définir, mais pas dans celui proposé par les auteurs qui sont à son origine et selon lesquels l'effet d'entraînement serait au demeurant constant : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 (celui de l'exécution administrative) (l'auteur s'inspire directement d'A. de LAUBADÈRE); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 308 ("se complète de", expression déjà plus nuancée). L'expression vient clairement du droit français. À l'évidence, elle contribue fortement à simuler une conception générale du privilège. Mais il y a encore plus fusionnel : "Le privilège du "préalable" n'a de sens et d'effet que s'il concerne à la fois la prise de la décision et son exécution matérielle, celle-ci précédant éventuellement le contrôle du juge" (M.-A. FLAMME, *op. cit.*, 1989, n° 9, p. 20., déjà cité). Rem. C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35, idr, plus modéré : "Le privilège de l'exécution forcée des décisions administratives est une conséquence extrême du privilège du préalable en ce sens que son déclenchement n'est pas un phénomène normal mais que son existence est nécessaire car liée à la logique interne de l'acte administratif unilatéral. Son caractère exécutoire en effet implique à la fois, sous peine d'être dénué de tout effet, la sanction corrélatrice de l'inexécution et une procédure d'urgence au cas où la situation l'exigerait". *Add.* C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 12, p. 750 : le privilège de l'exécution d'office est "fortement lié" au privilège du préalable.

¹⁰¹⁶ Comme le soutiennent par exemple M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9 et 9bis, pp. 20 et 21; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, pp. 35 et 36.

¹⁰¹⁷ C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251.

TITRE II

LA (RE)DÉFINITION DES PRIVILÈGES À L'AIDE DU DROIT COMMUN DE L'EXÉCUTION

*"(...) cette définition de base, dont l'administrativiste a besoin,
cette définition qui est la plus compréhensive et la plus naturelle,
la plus conforme à la nature des choses."*

C. EISENMANN¹

322. Introduction. Il peut paraître téméraire de vouloir "renverser" des notions à ce point traditionnelles et (en apparence) unanimement acquises en proposant leur redéfinition². En réalité, il ne s'agit pas d'un véritable renversement. Il y va plutôt d'un affinement des notions, tout au plus d'une adaptation, ce qui la rend beaucoup moins suspecte³. Il ne s'agit donc pas de prétendre posséder "la véritable"⁴ définition des privilèges. Il est seulement tenté d'en préciser et d'en actualiser le sens, pour la rendre la plus conforme possible à la réalité du droit.

Dans cette optique, la démarche suivie est celle du décroisement. En effet, les privilèges, et plus généralement la théorie de l'exécution administrative, sont apparus en vase clos au sein du droit administratif français. Les adapter au droit belge requiert, en conséquence, de rendre "communicants" les vases administratif et judiciaire à leur sujet. Il s'agit de vérifier, en matière d'exécution, la portée du principe de la sujétion administrative au droit commun. Il faut tenter d'intégrer l'exécution forcée administrative dans le droit commun de l'exécution même si, au

¹ C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 26, p. 733, mais avec cet avertissement p. 734 : "On n'a pas le droit de postuler que tous ces actes obéissent, "doivent" obéir à un même régime : c'est à voir; il paraît peu probable que ce soit le cas, surtout compte tenu de la "divisibilité du régime", notamment de la distinction entre "régime de fond" et "régime contentieux".

² Toute proportion gardée, comp. avec les propos de L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, préface, p. VIII. L'auteur fait état du même sentiment au moment d'annoncer sa tentative, à travers la notion de service public, "d'édifier une construction juridique sur la seule idée de règle de droit", après avoir montré "le néant des notions traditionnelles de droit subjectif, de sujet de droit et de souveraineté" (p. XII).

³ Comp. J. RIVERO, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1953, p. 294 : "trop de générations de juristes ont fouillé la matière du droit administratif pour qu'on n'éprouve pas a priori quelque suspicion à l'égard des remises en question radicales; certes, l'évolution des institutions ne cesse de renouveler la matière; mais renouvellement n'est pas révolution, et il serait présomptueux de faire table rase du passé alors que, dans l'ordre administratif, ce passé demeure vivant dans une très large mesure".

⁴ Comp. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 5 et 80, idr.

départ, tout semble s'y opposer. L'intégration suppose d'abord une comparaison. Il faut apprécier dans quelle mesure les deux disciplines sont compatibles avant d'envisager leur conciliation.

Or, le droit administratif se caractérise par une diversité des matières et des règles qu'il faut s'attendre à rencontrer dans le domaine de l'exécution. Cette diversité ne laisse qu'une place très réduite à la théorie générale en droit administratif. La théorie se limite à quelques règles de base. Ces règles méritent néanmoins une comparaison car elles concernent notamment la manière dont il peut être dérogé au droit commun de l'exécution, éventuellement pour établir un privilège. En effet, la sujétion de principe au droit commun ne requiert pas l'uniformité du droit⁵.

Or, le droit administratif de l'exécution n'est pas du tout préparé à une confrontation avec le droit privé. Au contraire, il est présenté comme étant autonome, spécifique, voire opposé au droit commun, alors pourtant qu'il en est directement inspiré. On a même vu qu'il incarne le régime administratif⁶ et sa spécificité. On parle d'ailleurs, à son égard, du régime de l'exécution administrative, parfois aussi d'un système lié à l'exécution⁷.

Le privilège occupe une place centrale dans ce cadre. Il est généralement l'occasion pour les auteurs de présenter l'ensemble du phénomène lié à l'exécution administrative, y compris dans ce qu'il n'a pas de spécifique ou de privilégié, mais sans aucun lien avec le droit privé. Un peu comme si toute la spécificité du droit administratif devait transparaître à travers le privilège, comme si elle était nécessaire compte tenu du privilège de juridiction⁸.

Avec le recul, pourtant, la place centrale du privilège est manifestement démesurée en matière d'exécution. Depuis 1902, en effet, l'exécution d'office⁹ est strictement conditionnée par le juge administratif français. Elle est devenue l'exception. En réalité, la proximité des droits privé et administratif est bien réelle, contrairement aux apparences. En conséquence, leur articulation devrait déboucher sur un regain d'influence du droit privé en matière administrative, mais pas sur une révolution. Il s'agit surtout, à première vue, de changer les mentalités.

Avant de proposer un "nouveau" système lié à l'exécution forcée administrative (chapitre 2), il convient d'étudier le système actuel, d'origine française, et d'éprouver sa réception en droit belge (chapitre 1).

⁵ En l'occurrence, la sujétion ne conduit pas nécessairement à faire table rase des législations ou des réglementations spécifiques qui caractérisent le droit administratif. Le philosophe est toute autre. Quant aux aménagements possibles en jurisprudence, ils doivent intervenir dans les limites du droit commun.

⁶ Voy. *supra*, n° 107.

⁷ De manière plus large, C. EISENMANN parle du "système de la décision exécutoire" : *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 14, p. 753. Rapp. J. RIVERO, *op. cit.*, D., 1951, chr., pp. 99 à 102 et in *Pages de doctrine*, T. I, *op. cit.*, 1980, pp. 3 à 10.

⁸ Rem. F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 518, n° 888 : "Force est (...) de reconnaître que, derrière le critère du régime, c'est purement et simplement le critère du juge compétent qui se cache : l'acte administratif unilatéral, c'est donc en définitive l'acte qui peut être déféré au juge administratif de l'excès de pouvoir".

⁹ Au sens traditionnel de l'expression. Il faut en effet bien garder à l'esprit, tout au long du titre II, que le privilège du même nom fait désormais l'objet des deux privilèges. Il a été pressenti que ces derniers ne sont pas de trop pour appréhender l'exécution administrative dans ce qu'elle a de privilégié.

Soit le plan suivant :

Chapitre 1. Le système actuel de l'exécution forcée administrative

Chapitre 2. Les éléments d'un nouveau système

Chapitre 1

Le système actuel de l'exécution forcée administrative

*"En France, le règne de la loi est proclamé,
mais l'arbitraire se réfugie dans l'exécution."*

A. de TOCQUEVILLE¹⁰

323. Plan. L'étude du système actuel de l'exécution forcée (d'office) administrative est l'occasion d'insister sur sa nature jurisprudentielle (section 1).

Les autres caractères seront dégagés plus loin, au terme d'une analyse du système (section 3). Leur bonne compréhension commande de les situer en guise d'évaluation. Ils permettent aussi d'introduire à la relecture du système et constituent ainsi une excellente transition.

Aussi viennent-ils après l'exposé critique du contenu du système (section 2), mais avant d'apprécier son incorporation au droit belge, parfois critiquée, jusqu'à la négative (section 4). Tel demeure l'enjeu principal de l'étude, il faut le rappeler.

Section 1. Un système jurisprudentiel

324. La doctrine guidée par la jurisprudence. Le système actuel de l'exécution forcée administrative fait partie de "la théorie jurisprudentielle de l'acte administratif"¹¹. Ses règles ne sont pas déterminées par un texte de loi. Elles l'ont été par la jurisprudence administrative.

Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que la première présentation générale des solutions préconisées en jurisprudence - telle qu'on la trouve aujourd'hui encore exposée dans les ouvrages généraux de droit administratif - est le fait du ministère public près le Tribunal des conflits français, plus précisément de M. le Commissaire du gouvernement ROMIEU dans ses conclusions conformes précédant l'arrêt "Société immobilière de Saint-Just" du 2 décembre 1902.

¹⁰ La phrase est citée sans référence par R. CHINOT en tête de sa thèse de doctorat, *op. cit.*, 1945.

¹¹ A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, p. 123. Add. A. GERVAIS, *R.D.P.*, 1948, p. 264. Rapp. P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 10, p. 4 : des "constructions jurisprudentielles synthétisées par la doctrine".

Pas plus que le législateur, la doctrine n'a donc servi de guide dans la matière. Au lieu de s'attacher à perfectionner le système, elle s'est limitée à l'intégrer vaille que vaille dans une théorie générale des privilèges fondamentalement incompatible.

Jurisprudence et doctrine ont en effet suivi deux approches différentes. Elles ont presque étudié des objets différents, surtout au début du vingtième siècle. Alors que la doctrine étudiait les privilèges d'un point de vue théorique, à travers des concepts réputés doctrinaux¹², la jurisprudence s'attachait à maîtriser l'exécution administrative en la conditionnant, sous un angle nettement plus pratique.

Plus tard, vers la deuxième moitié du siècle, la doctrine a hérité d'un système jurisprudentiel déjà performant. La plupart du temps, elle s'est alors contentée de l'actualiser, voire même de l'illustrer, au gré de la jurisprudence¹³. Dans l'intervalle, néanmoins, au lendemain de la seconde guerre, le système a provoqué la crise du privilège préconçu par M. HAURIOU¹⁴. Car l'état réel du droit ne correspondait pas à la "systématisation".

325. Des indices. Un fait, à première vue anodin, atteste à lui seul cette évolution. Dans ses conclusions, ROMIEU n'utilise pas le terme "privilège". Il s'agit de notions doctrinales¹⁵, tout comme la crise qui leur a été consécutive¹⁶. En revanche, le Commissaire emprunte l'expression "exécution d'office". C'est-à-dire l'expression à laquelle le terme privilège sera finalement accolé par la doctrine classique. Depuis lors, le système est généralement présenté au moment de faire état (du privilège) de l'exécution d'office (forcée) dans les ouvrages généraux.

¹² Comp. F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104.

¹³ R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 136 : "L'analyse de ROMIEU a été plus affinée et précisée, qu'élargie et déformée".

¹⁴ Voy. *supra*, n° 228, parallèlement à la démystification du droit administratif, accompagnée d'un positivisme plus réaliste.

¹⁵ En ce qui concerne les privilèges : NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 137 (à travers la notion doctrinale qu'est la décision exécutoire); A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754. Il convient cependant de ne pas trop cloisonner doctrine, jurisprudence, voire même législation, car bien souvent des mêmes personnages sont coiffés de plusieurs casquettes à la fois ou successivement. La situation actuelle n'est pas nouvelle à cet égard. Elle ne clarifie pas des influences éminemment complexes, en dépit des apparences, et malgré le fait que les auteurs ne rechignent généralement pas à afficher leurs différentes qualités. En règle générale, c'est le juge qui est le plus discret. La Cour de cassation, pour prendre le meilleur exemple, est généralement laconique et évite d'identifier ses sources d'inspiration. Le ministère public également. En France, par exemple, J. RIVERO s'est attaché à démontrer que, dans ses conclusions consacrées à l'arrêt "Terrier", le commissaire du gouvernement ROMIEU s'est directement inspiré d'HAURIOU sans jamais le citer (J. RIVERO, "Hauriou et l'avènement de la notion de service public", in *Études en l'honneur d'Achille Mestre, L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956, pp. 469 et 470). Pour résumer les propos de T. FORTSAKIS à cet égard, l'influence entre doctrine et jurisprudence est résolument bipolaire, même s'il est plus commode de dépister les réactions de la doctrine à la jurisprudence que l'inverse. Il est en toute hypothèse très difficile d'étayer les influences à partir de preuves tangibles (*op. cit.*, 1987, pp. 32 à 35).

¹⁶ Le constat formulé par C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 258, est valable en ce qui concerne l'exécution forcée administrative : la jurisprudence est relativement constante, par comparaison avec la doctrine qui a plutôt tendance à chercher ses mots.

Un autre élément significatif confirme également la nature jurisprudentielle du système. Bien que l'arrêt à rendre par le Tribunal des conflits ne visait pas le fond - il concernait uniquement la compétence de la juridiction administrative -, le Commissaire a dégagé, dans ses conclusions, "les principes de droit public sur lesquels repose aujourd'hui l'exécution par la voie administrative" à partir de trente ans de jurisprudence¹⁷.

Comme telle, la matière n'est donc pas nouvelle. M. HAURIOU, en particulier, n'a pas manqué de contredire la nouveauté des voies d'exécution administratives, avancée par un arrêtiste dans la *Gazette des tribunaux*¹⁸. "Implicitement admise par notre droit administratif, dès le début, la théorie n'est pas nouvelle, c'est l'exposé qui en est nouveau". Le savant auteur, comme aimait l'appeler L. DUGUIT, reconnaît cependant que "la théorie des voies d'exécution administratives n'avait jamais été faite avant le magistral exposé" de M. ROMIEU. "Il est, d'ailleurs, tellement complet et tellement ordonné que, sur bien des points, nous n'aurons qu'à l'analyser et à nous y référer"¹⁹.

Avant comme après 1902, en somme, il s'agit d'une sorte de "jurisprudence doctrinale" ou "doctrineprudence"²⁰, de "la théorie générale de l'exécution forcée"²¹ administrative²². On a

¹⁷ S., 1904, 3, 21. C'est-à-dire depuis 1872. *Contra* : H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1904, p. 223; A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 101 et 102. Le gouvernement aurait bien eu recours à l'apposition des scellés pour fermer des chapelles et des couvents en 1880, mais les décisions du Tribunal des conflits de 1887 auraient uniquement résolu la question de compétence pour apprécier la mesure prise, sans affirmer sa légalité. Au demeurant, l'apposition des scellés paraissait légale à l'époque puisqu'elle était prévue par des décrets-lois du premier Empire invoqués (22 décembre 1812 pour les chapelles, 3 janvier 1812 pour les couvents) mais remplacés depuis par la loi de 1901.

¹⁸ *Add.* CHARDENET, concl. conf. préc. C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, S., 1909, 3, 51, ici 52 : "une théorie nouvelle, ou tout au moins une théorie qui n'avait jamais été consacrée par des décisions de justice" et dont ROMIEU a en quelque sorte donné en 1902 "le commentaire avant la lettre".

¹⁹ S., 1904, 3, 17. *Add.* M. de BAUNY, note sous le même arrêt, D., 1903, 3, 44 : la théorie développée par M. ROMIEU "n'a jamais été exposée dans les termes précis dont il s'est servi" (...) "dans une discussion juridique très remarquable"; CHARDENET, concl. conf. préc. C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, S., 1909, 3, 51, ici 52 : "avec la plus grande netteté et la plus grande précision"; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 405 : "un exposé particulièrement clair, vigoureux et complet des données du problème et de ses solutions". Dans son précis, M. HAURIOU est contradictoirement amené à distinguer deux "doctrines", l'ancienne, moins rigoureuse (toutes les fois que des voies d'exécution judiciaires étaient impossibles, comme seule condition), et la nouvelle, nettement plus stricte, assortie des conditions que l'on s'approprie à étudier (*op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 476 et 477), la question étant récente en doctrine. À cet endroit, il parle d'une "nouvelle théorie née à propos de l'exécution d'office" (p. 477).

²⁰ Selon M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, les conclusions de ROMIEU contiennent la doctrine consacrée depuis lors par la jurisprudence en matière d'exécution forcée des décisions administratives : *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 62. Il faut préciser que le mot doctrine est souvent employé par les auteurs français pour faire état du contenu de la jurisprudence. Mais il reste que les privilèges, comme d'autres notions ou concepts de droit administratif, sont avant tout une œuvre doctrinale, même s'ils ne sont pas sans traduire aujourd'hui les tendances de la jurisprudence.

²¹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 56, *id.* *Add.* M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 62 (d'office).

²² Rem. pourtant R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOUILLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 105 : ce serait l'arrêt qui aurait défini l'ensemble des conditions posées à l'exécution forcée administrative, éclairé par le Commissaire du gouvernement.

parlé aussi de "jurisprudentialité"²³ ou encore de "politique jurisprudentielle"²⁴ par laquelle le juge gouverne voire même légifère.

À noter finalement que l'existence de prémisses du système dans la jurisprudence de la fin du dix-neuvième siècle, même si elles sont disparates, permet de nuancer le regard généralement porté sur la période antérieure à 1902 : l'arbitraire n'était pas généralisé²⁵.

Section 2. Le contenu du système

326. Son objet. Pour reprendre une formule d'O. DUPOND²⁶, "l'œuvre de la jurisprudence" se rapporte à la "réglementation" des conditions strictes de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative; c'est-à-dire de la "juridicisation" de l'inégalité de fait des relations entre l'administration et les administrés²⁷.

Le système consiste dans un principe et plusieurs conditions. Ensemble, ils forment une "théorie des voies d'exécution administratives"²⁸, "le code de l'exécution forcée"²⁹ ou "le droit en matière d'exécution forcée des décisions administratives"³⁰, un "bloc indivisible"³¹, le "régime de l'exécution forcée décidée d'office"³². Ils déterminent les hypothèses et les conditions dans lesquelles l'administration est habilitée à recourir à l'exécution forcée, c'est-à-dire, plus simplement, à user de la force.

²³ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 414, p. 585.

²⁴ P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 42, p. 71; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 97 : "C'est dans cette perspective que l'on doit replacer le problème de l'exécution forcée" (une politique jurisprudentielle autant qu'une jurisprudence politique ayant néanmoins permis de "juridiser" les actions extralégales de l'administration, qui ne sont pas nécessairement des manifestations d'arbitraire).

²⁵ Comp. en droit belge avec le n° 188, *supra*. Aussi convient-il d'être prudent, à la manière de R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 55 : "Il est possible que l'administration ait eu, au XIX^e siècle un privilège général d'exécution d'office; elle ne l'a certainement plus aujourd'hui. Ce qui le démontre sur le terrain pratique, c'est que, en dépit des affirmations de la théorie classique, l'administration n'est pas toujours placée dans la situation du défendeur".

²⁶ O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 411. Il s'agit d'une "simple" ou "pure pratique administrative" (resp. pp. 347 et 411). Comp. R. ALIBERT, *op. cit.*, 1926, p. 17, idr : "le droit d'assurer d'office l'exécution de la loi" (à défaut de sanctions prévues).

²⁷ F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, pp. 12 et 264. Comp. J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 94 : la systématisation.

²⁸ O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 353.

²⁹ R. CHAPUS, *op. cit.*, T. II, 11^e éd., 1997, n° 1358, p. 1061.

³⁰ CELIER, concl. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, D., 1947, 131; J.C.P., 1947, 2, 3.377 et obs. M. F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et S., 1947, 3, 41 et note A. MESTRE : "le droit commun administratif") : "théorie générale".

³¹ C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, p. 763 : "Le document de jurisprudence capital (...) : c'est le bloc indivisible de l'arrêt du Tribunal des conflits, Société immobilière de Saint-Just et des conclusions du commissaire du gouvernement Romieu".

³² R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1358, p. 1061.

À l'estime de M. ROMIEU lui-même, il s'agit de l'une des questions parmi les plus graves et les plus importantes du droit administratif :

"qu'est-ce que l'exécution forcée par la voie administrative des actes de puissance publique sur les personnes et sur les biens ? quel en est le fondement juridique ? quelles en sont les règles et les limites ?"³³

I. Le système de ROMIEU

327. Un principe. M. ROMIEU commence par énoncer "un principe fondamental de notre droit public que l'administration ne doit pas mettre d'elle-même la force publique en mouvement pour assurer *manu militari* l'exécution des actes de puissance publique, et qu'elle doit s'adresser d'abord à l'autorité judiciaire, qui constate la désobéissance, punit l'infraction, et permet l'emploi des moyens matériels de coercition. Le mode d'exécution habituel et normal des actes de puissance publique est donc la sanction pénale, confiée à la juridiction répressive, sauf bien entendu le cas où le législateur en aurait autrement ordonné"³⁴.

Le principe est donc l'exécution judiciaire.

328. Trois tempéraments. La "règle de droit public" (idr) reçoit rapidement des tempéraments, à commencer, au moment d'énoncer le principe, par la dérogation légale. Le législateur peut en effet déroger à la règle en autorisant expressément le recours à l'exécution forcée (au besoin en sus de la sanction pénale ou administrative)³⁵ ou en prévoyant un autre mode d'exécution.

D'autres dérogations plus "spéciales" sont également prévues. La règle est "insuffisante ou inopérante" en cas d'extrême urgence ou à défaut de sanctions pénales³⁶.

³³ M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 20. Add. M. de BAUNY, note sous le même arrêt, D., 1903, 3, 41 : un point de droit "de la plus haute gravité".

³⁴ M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 20.

³⁵ Dans ce sens : C.E., Ogier, 11 janvier 1866, *Rec.*, p. 7 et concl. comm. gouv. AUCOC; D., 1866, 3, 81 et concl.; S., 1867, 2, 61.

³⁶ M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 21.

En cas d'extrême urgence³⁷ - "dans le sens de péril imminent pour la sécurité, la salubrité, le bon ordre" ou "lorsque l'intérêt immédiat de la conservation publique l'exige" -, l'administration est investie du droit de prendre des mesures provisoires et de pourvoir d'office à ce qui est nécessaire. Certaines lois le prévoient expressément. Mais il n'est pas besoin de textes pour ce faire. En effet, dans de telles circonstances, il serait "de l'essence même du rôle de l'administration d'agir immédiatement et d'employer la force publique sans délai ni procédure". Un exemple - devenu classique - est donné à l'appui : "quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers".

À défaut de sanction pénale générale ou spéciale - et s'il n'y a pas de loi ou une urgence particulières -, deux "systèmes" sont possibles selon que la balance des valeurs penche en faveur des intérêts publics ou de la garantie des libertés et droits privés³⁸. Dans le premier cas, "l'exécution sera judiciaire ou ne sera pas". Au risque d'abus, la lacune du législateur ne peut être comblée que par lui. Dans le deuxième cas, à l'inverse, la prescription légale doit avoir un effet utile. Il n'est pas admissible qu'elle ne soit pas exécutée. L'autorité administrative qui dispose de la force publique devra être autorisée exceptionnellement à s'en servir.

329. L'exécution d'office au sens strict. M. ROMIEU reconnaît que "Les deux systèmes peuvent se défendre par des arguments excellents, et l'on conçoit que, suivant les traditions, les mœurs politiques, les habitudes juridiques du pays, l'un ou l'autre puisse être adopté. En France, pays d'administration et de centralisation, pays du principe de la séparation des pouvoirs, il n'est pas étonnant que ce soit le second qui ait prévalu; les arrêts du Tribunal des conflits sur l'expulsion des congrégations en 1880 et 1881 en sont la consécration la plus éclatante"³⁹ 40.

³⁷ Des expressions sont consacrées par le temps : danger grave et péril imminent, nécessité publique urgente, urgence et péril imminent, péril en la demeure, etc. Ont conduit à la censure pour ce motif avant l'arrêt de Saint-Just, toutes ces affaires conduisant au sursis à exécution pour défaut d'urgence : C.E., Hall, 28 novembre 1821, *Rec.*, p. 535 : il n'y a pas de motifs suffisants pour exécuter d'urgence les démolitions et destructions des ponts et lavoirs sur les cours d'eau à l'usage des teinturiers d'Amiens; C.E., Muteau, 31 juillet 1822, *Rec.*, p. 138 : il n'y a pas péril en la demeure justifiant l'exécution immédiate de travaux à un moulin liés à l'évacuation des eaux, sous peine de faire enlever les vannes et mettre en chômage ledit moulin; C.E., Jars, 7 juin 1826, *Rec.*, p. 276 : *idem*; C.E., Cugnon d'Alincourt, 21 juin 1826, *Rec.*, p. 302 : *idem*, le péril en la demeure bénéficiant à l'administré; C.E., Coste et Parent, 11 novembre 1831, *Rec.*, p. 435 : il n'est pas urgent d'arracher des arbres plantés sur les bords d'un chemin vicinal avant qu'il ne soit statué sur le recours; C.E., Picot d'Agard, 11 août 1833, *Rec.*, p. 448 : *idem* concernant l'ordre de se conformer à un alignement par la démolition de bâtiments; C.E., Lecoq, 14 novembre 1834, *Rec.*, p. 735 : *idem* concernant la réduction de la superficie d'un étang par mesure de salubrité.

³⁸ On parle pourtant des libertés publiques.

³⁹ *Contra* : M. de BAUNY, *op. cit.*, D., 1903, 3, 42 et 44 : la jurisprudence antérieure aurait été systématiquement rendue, à son estime, sur base de lois spéciales, et la législation française ne consacrerait nullement la prévalence des droits de la puissance publique sur les droits privés. M. HAURIOU surtout, en note sous l'arrêt "Saint-Just" (S., 1904, 3, 17), fait état de deux événements passés à l'occasion desquels le Tribunal des conflits a eu l'occasion d'appréhender "les voies d'exécution par mesure administrative". Les deux événements se rapportent aux congrégations religieuses. Le premier concerne l'exécution des décrets de 1880. Elle a donné lieu à la pose de scellés administratifs, mais la validité de cette voie d'exécution a moins retenu l'attention que celle de la légalité des décrets prononçant la fermeture des couvents. Le second événement consiste dans les laïcisations d'écoles opérées en vertu d'une loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire. Mais on ne ferait pas les locaux dont les congréganistes avaient été expulsés, on y installait à leur place des instituteurs laïques, le plus souvent *manu militari*. Dans les deux cas, la nature administrative des opérations avait été

Telle est "l'exécution forcée par la voie administrative", définie au sens strict comme "Un moyen empirique justifié légalement, à défaut d'autre procédé, par la nécessité d'assurer l'obéissance à la loi" et dont le contentieux auquel elle peut donner lieu est nécessairement administratif.

Plus tard, l'expression sera couramment utilisée pour désigner toute exécution forcée en matière administrative, si bien que l'hypothèse précise dégagée par ROMIEU peut être appelée "l'exécution d'office au sens strict"⁴¹. À noter que l'idée de "nécessité" domine toute la matière de l'exécution administrative.

330. Quatre conditions. Tout n'est pas permis à l'administration pour autant en cas

admise, en conséquence aussi la compétence administrative, dans le premier cas en présence d'une "simple privation de jouissance". À noter que les enjeux étaient peut-être plus fondamentaux encore en 1880, dans la mesure où l'on s'est appliqué à soustraire à la compétence des tribunaux judiciaires toutes les actions formées contre les agents d'exécution (voy. J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev.trim.dr.civ. (fr.)*, 1906, p. 837), et ce quelques années seulement après l'établissement du Tribunal des conflits paritaire (dans lequel l'influence de l'administration restait prépondérante, notamment à travers la présidence de droit du garde des Sceaux et l'amovibilité légale des conseillers d'État nommés par l'exécutif; *ibidem*, p. 835). *Add.* M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 352, note 1 et l'exécution des lois de 1901 sur les congrégations et de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État

⁴⁰ En ce qui concerne la jurisprudence, voy. eu égard à l'exécution des décrets du 29 mars 1880, une série d'arrêts liés à des demandes au fond visant la réintégration de religieux immédiatement expulsés par la force, la levée de scellés ou encore l'octroi d'indemnités : T.C., Marquigny (Compagnie de Jésus, Lille), 4 novembre 1880 et concl. RONJAT, Bouffier, 5 novembre 1880 et concl. GOMEL, Gautrelet (Compagnie de Jésus, Avignon), 13 novembre 1880, de Nohac, 13 novembre 1880 et Jovard, 13 novembre 1880, Rival, 17 novembre 1880, Thierry, 20 novembre 1880, D., 1880, 3, 121 et note; S., 1881, 3, 81 et note très critique. Les arrêts concluent à la compétence administrative, tant exécutive que juridictionnelle. Mais pas à l'existence d'actes de gouvernement, comme il avait été défendu (à tort), notamment par le premier commissaire du gouvernement à titre principal, à l'instar de l'expulsion du prince Napoléon en 1872. Concernant la laïcisation d'écoles publiques (loi du 30 octobre 1886 sur l'enseignement primaire), voy. sp. T.C., Fabrique de Saint-Donan, 26 mars 1898, *Rec.*, p. 268; D., 1899, 3, 52 et note L. S.; S., 1899, 3, 33 et note M. HAURIOU (l'exécution provisoire appartient à l'administration, et la faute à la loi) : sans préjudice du fond, l'expulsion judiciaire d'une institutrice laïque (nommée en remplacement d'une sœur), demandée en référé alors que l'immeuble concerné est affecté depuis vingt ans à l'école communale de filles de Saint-Donan, aurait pour conséquence d'entraver le service public et d'empêcher l'exécution d'un arrêté préfectoral dont la régularité et les effets ne peuvent être discutés devant l'autorité judiciaire (pas même sur base d'un titre de propriété). *Add.* T.C., Frères des écoles chrétiennes (Noyon), 13 avril 1889, *Rec.*, p. 539; S., 1891, 3, 56 et note; D., 1890, 3, 54 et note. Rem. T.C., Fabrique de Saint-Thomas, 5 janvier 1889, D., 1890, 3, 34 et note : l'intervention du juge des référés a été admise parce que l'immeuble n'était que prétendu communal, contrairement à un acte de donation sous condition résolutoire expresse. Les autres arrêts viennent en réalité confirmer une jurisprudence constante antérieure : T.C., Institut des frères des écoles chrétiennes, 28 décembre 1878, S., 1880, 2, 190 (malgré l'invocation d'une convention, sous réserve d'indemnité) et 11 janvier 1879 (deux arrêts), S., 1880, 2, 221; D., 1879, 3, 65 et note (*idem* et sauf la location d'une partie proprement privée en vertu du droit commun); T.C., Sœurs de Nevers, 27 décembre 1879, S., 1881, 3, 38 (malgré l'invocation de "traités" ou concessions scolaires liées au pensionnat; les demanderessees postulaient à être "au besoin autorisées à résister à toute tentative d'expulsion avec l'assistance de la gendarmerie"); T.C., Frères des écoles chrétiennes (Brignoles et Alais), 14 janvier 1880 (deux arrêts), S., 1881, 3, 39, notes et resp. concl. contr. GOMEL sur base de Cass., 26 février 1873, reproduit, et concl. conf. CAZALENS (malgré l'invocation d'une donation conditionnée par un droit d'usage ou d'habitation au profit des frères, mais non reconnue au fond); T.C., Muller et Derieu, 13 janvier 1883, S., 1884, 3, 78, note et obs. conf. TAPPIE (*idem*); T.C., Caseneuve, 27 janvier 1883, S., 1885, 3, 2 (pas de sursis à exécution judiciaire); T.C., Sœurs de la Providence de Troyes, 14 avril 1883, S., 1885, 3, 16 et note (*idem* Muller).

⁴¹ Voy. *infra*, n° 337.

d'exécution d'office au sens strict. Une série de conditions sont posées au recours à la force dans cette hypothèse, afin d'éviter l'arbitraire et les illégalités (l'état de siège). Comme le Commissaire du gouvernement l'indique explicitement, ces règles résultent d'une jurisprudence étalée sur trente ans. Il en a dégagé "les principes de droit public sur lesquels repose aujourd'hui l'exécution par la voie administrative" (idr).

Quatre conditions⁴² sont considérées à la fois comme "nécessaires et suffisant(e)s" : il faut que l'opération administrative pour laquelle l'exécution est nécessaire ait sa source dans un texte de loi précis; que, par suite de résistance à la loi ou à l'acte de puissance publique, il y ait lieu à exécution forcée; que l'absence de sanction pénale rende nécessaire l'exécution par la voie administrative; et que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi.

331. Première condition. Il faut que l'opération administrative, pour laquelle l'exécution est nécessaire, ait sa source dans un texte de loi précis (condition primordiale)⁴³.

Il faut évidemment que l'administration puisse se réclamer d'un texte de loi formel puisqu'il s'agit de contraindre à l'exécution de la loi. Une obligation doit avoir été imposée par la loi (ou par l'administration en vertu de la loi). Il doit exister, autrement dit, un "pivot législatif de l'opération à exécuter".

⁴² M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 21 à 23. Le Commissaire y voit des principes.

⁴³ Ont conduit à la compétence judiciaire par ce motif avant l'arrêt de Saint-Just : T.C., Neveux, 13 décembre 1884, S., 1886, 3, 42 (ne saurait présenter le caractère administratif l'arrêté pris par un préfet autorisant l'administration des P.T.T., en l'absence de toute disposition légale ou réglementaire, à apposer des poteaux et autres supports sur les propriétés particulières, en vue de l'établissement d'un réseau téléphonique), suivi sous la loi du 28 juillet 1885 créant une servitude, mais seulement à condition qu'on puisse y accéder par l'extérieur, de T.C., Lhopitalier, 27 février 1893, Rec., p. 192 et S., 1895, 3, 6 (dans les deux cas, les travaux avaient été effectués à l'intérieur des maisons, dans le second avec l'installation d'une trappe pour accéder aux fils); T.C., Dufeuille, Usannaz-Joris, ainsi que Michau et Lafrenay (trois arrêts), 25 mars 1889, Rec., p. 411; S., 1891, 3, 32, concl. conf. comm. gouv. VALABRÈGUE (Dufeuille) et concl. contr. MARGUERIE (Usannaz-Joris), ainsi que notes; D., 1890, 3, 65 et notes, concernant les saisies de (lettres) manifestes (politiques) de Philippe, Comte de Paris, adressés à des maires, et les actions en revendication et restitution introduites consécutivement, la jurisprudence du Tribunal des conflits selon laquelle sont de la compétence du pouvoir judiciaire les saisies policières opérées sur base d'un mandat judiciaire (article 10 du Code d'instruction criminelle, en préliminaire à une instruction criminelle ou correctionnelle), malgré qu'elles aient été ordonnées en amont par le ministre de l'intérieur dans un but politique et que les mesures aient été approuvées par les chambres (il ne s'agit pas d'actes de gouvernement). Avec cette précision décisive : le gouvernement n'est investi "que des pouvoirs que la loi lui donne" pour assurer la sécurité de l'État et réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres des familles ayant régné en France; or, "le droit de pratiquer discrétionnairement des saisies" ne résulte ni de la loi du 22 juin 1888 relative aux membres des familles ayant régné en France (prévoyant au demeurant une sanction pénale), ni d'autres lois (la loi sur la presse du 29 juillet 1881 aurait même interdit toute saisie préventive en la matière, ressortissant tout particulièrement du pouvoir judiciaire, à laquelle il faut rappeler que certains fonctionnaires de l'ordre administratif peuvent être associés). Il ne faut donc pas, en toute hypothèse, que les textes de loi soient contraires à l'opération. Add. dans la même affaire T.C., Vincent, 15 février 1890, Rec., p. 183; D., 1891, 3, 31 et note; S., 1892, 3, 71 (l'acération d'affiches électorales ne se rattachant à l'exercice d'aucun pouvoir conféré à l'autorité administrative par une quelconque disposition, et même au contraire expressément interdite par une loi pénale : elle ne peut être considérée comme un acte administratif relevant de la compétence des tribunaux administratifs).

332. Deuxième condition. Il faut qu'il y ait lieu à exécution forcée.

Est requis un "état de choses inconciliable avec le respect dû à l'acte de puissance publique", c'est-à-dire un manque d'obéissance, une situation contraire aux injonctions, une résistance à vaincre ou à faire cesser. À défaut, l'exécution forcée n'est plus nécessaire. La coercition administrative s'en trouverait illicite ou non fondée.

À noter cependant l'interprétation extensive donnée par le Commissaire à l'exécution forcée. L'administration est en droit d'y procéder dès l'instant où l'acte est déclaré exécutoire. À partir de cette date, toute exécution est réputée forcée de quelque manière qu'elle se produise : "la matière de l'exécution forcée administrative existe". Peu importe qu'il n'y ait pas utilisation effective de la force. En l'espèce, la seule présence des gendarmes avait suffi à permettre l'évacuation "volontaire" des locaux.

333. Troisième condition. Il faut qu'il n'y ait pas de sanction pénale⁴⁴.

La condition fait double emploi avec le principe de base déjà formulé : pas de "superposition" ni de "droit d'option entre la sanction édictée par le législateur et une exécution administrative que rien ne prévoit et ne justifie légalement".

Voilà qui donne son volume au principe : le cumul est possible si le législateur a autorisé les deux remèdes (ou en cas d'extrême urgence)⁴⁵. Par exemple, en ce qui concerne les établissements insalubres, lorsque la salubrité et la santé publiques justifient l'action directe et immédiate de l'administration, nonobstant l'application possible de l'article 471 du Code pénal⁴⁶.

⁴⁴ Les arrêts cités à la note 46 ont conduit à la censure par ce motif avant l'arrêt de Saint-Just. Add. C.E., Mazelier, 8 décembre 1857, D., 1858, 3, 47, impl., dans la mesure où le Conseil d'État ordonne l'exécution d'office malgré la prescription de l'action publique concernant la contravention de voirie. Rem. contra comm. gouv. RONJAT, concl. préc. Marquigny, 4 novembre 1880, S., 1881, 3, 81, ici 92 : "le droit de poursuites au criminel ne détruit pas l'action administrative".

⁴⁵ J. BARTHÉLEMY parle à ce propos de cumul entre le pénal et l'exécution forcée directe et préventive, laquelle consiste dans "l'empêchement par la force des faits punissables", soit "empêcher de se commettre une infraction officiellement constatée à une obligation de faire ou de s'abstenir sanctionnée par la loi pénale" (op. cit., R.D.P., 1912, p. 538). Il ne semble pas toujours aisé de percevoir les principes qui guident le législateur dans cette voie, ou alors peut-être l'urgence ou la protection particulière de certains droits spécialement exposés aux abus (pp. 538 et 539).

⁴⁶ Tel est également le cas en matière de circulation publique et de sécurité des passants : C.E., Ogier, 11 janvier 1866, Rec., p. 7 et concl. comm. gouv. AUCOC; D., 1866, 3, 81 et concl.; S., 1867, 2, 61 et le criblement d'office d'une carrière dangereuse pour la circulation routière "malgré" un jugement du tribunal de police se bornant à prononcer la condamnation à l'amende sans ordonner la démolition. Le ministre de l'intérieur était pourtant d'avis que seul le tribunal de police pouvait ordonner la démolition, mais le Conseil d'État a considéré la base légale suffisante - bien que fort générale - dans la loi des 16-24 août 1790 pour permettre au maire de faire remblayer d'office la carrière par des ouvriers, dans l'urgence, sur le refus du sieur Ogier d'y faire procéder. Rem. que deux textes différents établissent l'amende et l'exécution d'office, la première procédant d'un règlement préfectoral fait en exécution de l'article 21 de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux, de même d'ailleurs que la règle de la distance. Toujours sur les voies publiques, mais a contrario, le défaut d'urgence ou de besoin immédiat entraînent l'annulation des arrêtés qui prescrivent l'exécution d'office à défaut d'exécution spontanée, au lieu de prévoir les poursuites pénales existantes : ROMIEU, concl. préc. C.E., de Suremain, 19

334. Quatrième condition. Il faut que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi⁴⁷.

Les mesures d'exécution ne doivent pas ajouter aux obligations établies.

M. ROMIEU fait état sur ce point de la "doctrine" française liée au partage de compétences entre les ordres de juridictions judiciaire et administratif. Dans ce contexte, la question posée au Tribunal des conflits n'est pas de statuer directement sur la légalité des mesures d'exécution litigieuses. Le cas échéant, il les aurait rejetées au motif qu'elles n'ont pas été prévues par la loi, à l'instar de ce qui prévaut en droit pénal où les pénalités sont "de droit étroit" (d'interprétation stricte).

Le débat est autre. Il consiste à déterminer "jusqu'à quel point l'exécution d'une mesure administrative par la voie administrative paralyse la compétence naturelle des tribunaux judiciaires en matière de protection de la propriété"⁴⁸; si les mesures apparaissent ou non "comme manifestement en dehors du cercle des mesures nécessaires pour l'exécution directe et immédiate de l'opération autorisée" (en l'espèce, l'apposition de scellés comme procédant de la fermeture d'établissements)⁴⁹.

avril 1907, *Rec.*, p. 345, ici 347; C.E., Viet, 5 juillet 1851, S., 1851, 2, 808 : l'élague des arbres plantés en bordure des grandes routes peut être prescrit par les préfets, mais en cas d'inexécution de leurs arrêtés, leur droit se borne, sauf le cas de péril imminent pour la sûreté publique et sous peine d'excès de pouvoir, à faire constater les contraventions et à en déférer le jugement au conseil de préfecture; C.E., Martin, 30 juillet 1863, *Rec.*, p. 625, concl. ROBERT soulignant l'absence d'urgence compte tenu du délai imparti d'un mois; S., 1863, 2, 216 et note soulignant que la mesure d'office a pour objet de "réprimer la contravention" à la place du conseil de préfecture, concernant la suppression de marches d'escalier et autres constructions établies en saillie sur une route dans un délai d'un mois ...; la mise en demeure ne pouvait pas menacer d'exécution d'office, mais seulement de poursuites pour contravention de voirie : excès de pouvoir; C.E., Fouques de Wagnonville, 2 juillet 1875, *Rec.*, p. 669 et C.E., de Rozières, 16 mars 1877, S., 1879, 2, 95 et note soulignant qu'il en irait différemment s'il s'agissait d'obstacles à la navigation ou au libre cours des eaux, ou d'un intérêt public urgent tel que la prévention d'une inondation imminente : *idem* concernant l'abattage d'arbres plantés sur le bord d'une rivière, prescrit avant le constat d'une infraction; C.E., Marquez (parfois renseigné Lonjon), 1^{er} février 1884, *Rec.*, p. 98 et note renseignant les observations du Ministre de l'intérieur soulignant le défaut d'urgence : le maire agit en dehors du cercle normal de ses attributions en faisant rouvrir d'office une tranchée correctement recouverte et enlever un tuyau y remplacé pour réparation par un particulier en travers de la route, sans qu'il constitue pourtant un obstacle à la liberté de circulation, après avoir dressé procès-verbal mais au lieu de citer l'intéressé devant le tribunal de simple police, pourtant seul compétent pour prononcer la peine et ordonner le rétablissement des lieux.

⁴⁷ A spécialement conduit à la censure par ce motif avant l'arrêt de Saint-Just : T.C., Mohammed ben Belkassam, 11 juillet 1891, *Rec.*, p. 542, concernant l'expulsion d'un indigène ayant conduit à la destruction de son gourbi et de ses récoltes, constitutive d'une faute personnelle distincte de tout acte administratif. Rem. que trouver des exemples est parfois une question d'interprétation des arrêtés. Ainsi par exemple T.C., Lhopitalier, 27 février 1893, *Rec.*, p. 192 et S., 1895, 3, 6 : une emprise intérieure (mais bien extérieure) pour placer des supports téléphoniques n'est pas susceptible de constituer une servitude légale. L'exemple a déjà été cité sous la première condition.

⁴⁸ M. HAURIOU, *op. cit.*, S., 1904, 3, 17. *Add.* à cet égard *supra*, n° 217.

⁴⁹ "Est-ce là une opération nouvelle, distincte de la fermeture elle-même, qui s'en détache complètement; ou, au contraire, est-ce une mesure qui puisse être considérée comme complémentaire de l'évacuation forcée des locaux ?" À l'estime de M. ROMIEU, "il n'est pas douteux que le droit de les faire partir doit se compléter par le droit de les empêcher de rentrer, et, dès l'instant que l'évacuation n'a pas été volontaire, mais forcée, elle peut comporter des mesures complémentaires pour éviter un retour offensif : l'apposition des scellés tient lieu de l'installation d'un planton devant la porte". Que la congrégation ou un tiers soit propriétaire de l'établissement

335. Les sanctions. Le cas échéant, les actes considérés ne font pas obstacle à la compétence judiciaire parce qu'ils n'ont pas le caractère administratif. C'est la "voie de fait", comme pour le non-respect des quatre conditions. La solution contraire reviendrait à empiéter sur le domaine du législateur. Le juge judiciaire peut apprécier la légalité de l'acte, en entraver l'exécution, indemniser des dommages qu'il a pu causer.

Dans le cas contraire, en revanche, seul le juge administratif peut apprécier la légalité des mesures d'exécution visées : "conformément à la doctrine de la séparation des pouvoirs, le juge civil ne pouvait pas s'immiscer dans l'opération de l'apposition des scellés, et le juge des référés ne pouvait pas en ordonner la levée"⁵⁰. Or, à l'époque, précisément, le juge administratif non plus (de manière préventive ou utile) !

La note de M. HAURIOU est intéressante à ce dernier égard, car le célèbre auteur y évoque l'absence de parallélisme entre la demande de levée des scellés devant le juge judiciaire et la saisine du juge administratif qui ne peut concerner qu'une décision exécutoire (la décision de fermeture, voire une décision provoquée sur la levée des scellés ou sur une demande d'indemnité), et pas sur une simple mesure d'exécution⁵¹. La différence par rapport au droit belge saute aux yeux à cet égard, de par le recours possible, dans ce cas, au pouvoir judiciaire.

Seule exception à la précédente règle : la dépossession est de la compétence judiciaire⁵² car elle est assimilée à une expropriation, protégée par le législateur. En l'espèce, toutefois, l'argument de la privation complète de l'usage a été contourné au motif de la déclaration faite par l'administration d'enlever les scellés (temporaires) si le propriétaire consent à prendre l'engagement de ne pas réinstaller les congréganistes dans les bâtiments qui lui appartiennent.

visé, la mesure conserve sa nature administrative : "c'est toujours la fermeture de l'établissement que l'on poursuit, c'est la congrégation seule qui est visée "à travers" le propriétaire" (23).

⁵⁰ M. HAURIOU, *op. cit.*, S., 1904, 3, 19. Comme le confirme l'arrêt, la demande tendant à obtenir la mainlevée ne pouvait être portée que devant la juridiction administrative, seule compétente pour apprécier la légalité des actes d'administration et pour connaître des mesures qui en sont la conséquence (de même que l'appréciation de l'éventuelle exécution complète et volontaire du décret de fermeture), sous peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs. *Add.* les arrêts cités ci-dessus (1880 et 1886) et à propos de la fermeture des congrégations (1901) : T.C., Maussabré, Dugas et Ogier, Perrin et d'Oncieu de la Bathie (trois arrêts), 6, 13 et 20 décembre 1902, S., 1905, 3, 88 et notes, de même que T.C., Pautra, 6 décembre 1902, *Rec.*, p. 739; T.C., Chapon, évêque de Nice, 23 mars 1907, S., 1907, 3, 130 et note (malgré l'invocation d'un droit d'usufruit pour être maintenu provisoirement en possession); T.C., abbé Brunet et Bel, 29 février 1908, *Rec.*, p. 199, concl. FEUILLOLEY et S., 1908, 3, 49 et note M. HAURIOU (malgré l'invocation d'une vente sous condition). Il en va autrement lorsque le demandeur fait reconnaître par l'autorité judiciaire les droits qu'il prétend sur l'immeuble au moyen d'une action au principal : T.C., Le Coz, 7 décembre 1907, *Rec.*, p. 926, concl. contr. FEUILLOLEY; S., 1908, 3, 49 et note M. HAURIOU (la rentrée en possession a été obtenue en moins d'un an selon cette stratégie).

⁵¹ *Op. cit.*, S., 1904, 3, 19.

⁵² Dans ce sens : l'affaire "de la saisie des manifestes du Comte de Paris" (une affaire de propriété), relatée en note 43 ci-dessus.

II. Les aménagements du système

A. Aperçu

336. Un système confirmé et approfondi. Le système de l'exécution administrative a été approuvé par la majorité des auteurs⁵³ et plusieurs fois rappelé globalement en jurisprudence⁵⁴.

⁵³ Dans ce sens précis : M. HAURIUO, *op. cit.*, S., 1904, 3, 17; M. HAURIUO, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 474 à 478; M. HAURIUO (A. HAURIUO), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 320 et 321; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 71; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, p. 22. Voy. successivement J. CRUET, *op. cit.*, 1906, pp. 207 à 219; A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 118; L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, pp. 45 à 71 et pp. 199 et 200; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 71 à 98; L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 83, pp. 66 et 67 (comp. cependant avec n° 678, p. 51 : l'exécution d'office requiert une loi; il s'agit en réalité de la conclusion de l'étude de R. CHINOT); P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 764, pp. 526 à 528 (en matière de police) et n° 1197, pp. 871 et 872 (en matière de réquisition); P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 42, pp. 70 à 72; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (sp. p. 2) (même si l'auteur organise deux sous-systèmes au sein du système); C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, pp. 762 à 764; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 166; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 56 à 78, sp. pp. 64 à 67; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 93 à 101; M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 156 et 157; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 426 à 434 (502), n° 306 à 312 (361); M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 226, p. 137 et n° 935 à 939, pp. 554 à 556; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 214; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, pp. 550 à 560; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 122 à 144; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 246; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 354, n° 832; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 35 et 36; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 404 à 406; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 109; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, pp. 272 à 276, n° 707 à 719; J. CHEVALLIER, in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 66; R. DE NOIX de SAINT MARC, D. LABETOUILLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 105; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), pp. 4 à 6, n° 17 à 35; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 159 et 160, pp. 223 à 225; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, pp. 20 à 24; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 405 à 407; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 324 à 326; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, pp. 37 et 38; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 978 et 979, pp. 669 et 670; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 44; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, pp. 66 et 67; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, pp. 322 à 325; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, pp. 62 à 67; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, pp. 93 à 95, n° 99 et 100 (sauf que les auteurs défendent le principe de l'exécution forcée administrative et présentent hypothèses et conditions mélangées sous six conditions de l'exécution forcée, avec les imprécisions que cela comporte); G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 188 à 191; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. II, 11^e éd., 1997, pp. 1060 à 1063, n° 1357 à 1359; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, pp. 349 et 350; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, pp. 272 et 273. *Add.* C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, pp. 60 à 62, n° 56 à 75; M. VIRALLY, "Acte administratif", *Encycl. Dalloz*, p. 23, n° 199. Sans grande fidélité : J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, pp. 529 à 540 (dans le contenu et dans la forme : note 2, p. 532, l'auteur soutient par exemple l'ajout de conditions au système, pourtant déjà mentionnées par ROMIEU). *Contra* : H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1904, pp. 223 à 227; A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, pp. 117 à 125 (sauf le cas de péril imminent pour l'ordre public); A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 98 à 123. À l'autre extrême, d'autres sont encore favorables à un principe général de l'exécution forcée administrative : J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, pp. 529 à 540.

⁵⁴ Ou plus exactement par les commissaires du gouvernement dans leurs conclusions précédant certains arrêts. Tel est en particulier le cas de CELIER, concl. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, D., 1947, 131; J.C.P., 1947, 2, 3.377 et obs. M.F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et S., 1947, 3, 41 et note A. MESTRE). À noter que, dans son raisonnement, l'auteur inverse les principes et les conditions pour finir pourtant par retenir l'absence d'urgence, en l'espèce la seule dérogation possible en présence d'un autre moyen légal disponible. Le comm. souligne expressément la continuité de la jurisprudence qu'il invite à respecter. *Add.* ROMIEU, concl. préc. C.E., de Suremain, 19 avril 1907, *Rec.*, p. 345; CHARDENET, concl. préc. C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, S., 1909, 3, 51; L. BLUM, concl. préc. C.E., Abbé Bouchon et Harel (deux arrêts), 17 mars 1911, *Rec.*, 1911, p. 341; J.-F. HENRY, concl. préc. C.E., Klein, 8 avril 1961, D., 1961, 3, 587.

En même temps, il est parfois vertement critiqué. Les conditions posées à l'exécution permettraient des interprétations différentes, mais aussi contraires, comme dans l'espèce à l'origine de la jurisprudence⁵⁵. Le système ne présenterait donc pas des garanties suffisantes.

Le principal reproche concerne son objectif même. Il consiste dans la tolérance de l'exécution forcée en l'absence de disposition légale prévoyant une dérogation expresse au principe de l'autorisation préalable du juge⁵⁶, alors que "Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extralégal n'est qu'arbitraire et despotisme"⁵⁷.

À noter aussi la critique de M. de BAUNY pour qui l'arrêt de Saint-Just est conçu en des termes généraux qui ne permettaient pas d'affirmer que le système de ROMIEU - seulement contenu dans les conclusions d'un commissaire du gouvernement - avait été avalisé⁵⁸.

Avec le temps, cependant, la critique a perdu une grande partie de sa pertinence, puisqu'une série impressionnante d'arrêts sont venus confirmer, depuis lors, un aval aujourd'hui certain. Or, les "aménagements" apportés au système en jurisprudence n'ont pas été nombreux. Les arrêts du Tribunal des conflits, du Conseil d'État et de la Cour de cassation ont principalement contribué à l'approfondir ou à le perfectionner.

337. Un système gonflé artificiellement. La formulation, surtout, a changé. Il s'agit d'une transformation symbolique, peut-être, mais pour le moins significative dans le contexte de l'époque. Du système de ROMIEU au privilège doctrinal, le phénomène de l'exécution administrative a été gonflé artificiellement. Et il a contaminé la jurisprudence.

⁵⁵ M. de BAUNY, *op. cit.*, D., 1903, 3, 44 et 45. *Add.* H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1904, pp. 225 et 226, notamment pour qui l'apposition des scellés excède la fermeture d'un établissement et est destinée à prévenir des violations futures : faut-il fermer toutes les maisons du village pour assurer que l'établissement ne s'y reconstituera pas ? *Add.* A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 109 et 110; comp. A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, pp. 108 à 116 et le problème du maintien abusif des scellés; rem. O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, pp. 402 à 404; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 341, p. 484 (à propos de l'urgence, concept indéterminé).

⁵⁶ *Add.* aux auteurs déjà mentionnés au titre I, n° 218 : M. de BAUNY, *op. cit.*, D., 1903, 3, 41; H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1904, pp. 220 à 226 (pp. 222 et 223 : ROMIEU aurait répudié les conséquences logiques de vérités d'abord établies; il aurait cherché à limiter le danger du principe en mettant des conditions rigoureuses à son application); O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, pp. 395 à 399. *Add.* encore H. BERTHÉLEMY et G. JÈZE, note et comm. sous Cass. crim., 31 décembre 1903 (arrêt Knittel), resp. D., 1904, 1, 281 et R.D.P., 1904, p. 101. *Contra* : G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 406, pp. 571 à 573 : même en droit privé, tout ce qui n'est pas légal n'est pas extralégal; une conception trop absolue de la légalité finit par obstruer la loi elle-même.

⁵⁷ H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1904, p. 227.

⁵⁸ M. de BAUNY, *op. cit.*, D., 1903, 3, 41. Selon l'auteur, en particulier, les termes de l'arrêt - comme ceux des autres arrêts directement concernés - ne permettaient pas d'affirmer que le Tribunal aurait statué différemment s'il y avait eu une sanction pénale. La crainte était de la sorte exprimée de voir invoquer l'autorité attachée à la décision pour reconnaître plus généralement au gouvernement le droit de prescrire sans intervention de justice les mesures coercitives qu'il estime nécessaire pour assurer l'exécution d'une décision prise rentrant dans ses attributions. Toujours selon l'auteur (44), le Tribunal des conflits aurait annulé l'arrêt des conflits dans plusieurs autres espèces qui lui avaient été soumises s'il "avait pleinement adopté le système dans son ensemble".

B. Les contours

339. Le principe. Le principe n'a pas changé. Les formulations jurisprudentielles l'attestent *a contrario*⁶⁵. Il reste l'exécution judiciaire. En tout cas du point de vue juridique. Autre chose est le point de vue statistique⁶⁶.

Tel est le cas lorsque l'administré résiste à l'obligation administrative qui pèse sur lui. Car le mode normal d'exécution des obligations administratives reste l'exécution volontaire, bien entendu (et comme en droit privé)⁶⁷.

voie administrative" ou l'objet de "vives discussions en doctrine et en jurisprudence"; C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 55, ad : "Les exemples (des procédés très variables) peuvent être aussi nombreux que les situations particulières".

⁶⁵ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 311, p. 433, note 2.

⁶⁶ Du point de vue statistique, une série d'auteurs se sont demandés si les exceptions n'ont pas un domaine d'application et une importance tels que le principe ne traduirait pas la réalité. Rem. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 50 (ainsi que n° 53, 54 et 57) : "on relève en faveur de l'administration un certain nombre d'exceptions si importantes et si nombreuses, qu'en réalité il arrive bien souvent à l'autorité publique d'exécuter elle-même ses propres décisions sans visa ni mandement des tribunaux"; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 159, p. 223 : cette série de cas (une loi particulière) est "plus fournie qu'on ne le dit habituellement"; R. CHAPUIS, *op. cit.*, T. II, 11^e éd., 1997, n° 1358, p. 1062 : l'exécution d'office en vertu de la loi tendrait à devenir une technique de plus en plus répandue, de par la tendance naturelle des administrés à être de plus en plus récalcitrants devant la multiplication des contraintes qui leur sont assurées. À l'inverse, G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 312, p. 433 conclut que les dérogations légales et jurisprudentielles ne semblent pas avoir un champ d'application et une importance pratique tels que le principe perd beaucoup de son intérêt. Tout comme G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 406 : de véritables exceptions comme le révèle la pratique contentieuse et les dispositions législatives spéciales "assez rares", sauf peut-être dans les deux cas l'hypothèse de l'urgence. Ou encore J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 94, limitant son jugement à l'hypothèse légale qui est pour lui exceptionnelle. Add dans un genre plus dubitatif : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, 29 et 49, pp. 763, 764 et 777 : les situations énumérées en jurisprudence ne se rencontrent pas très fréquemment, mais l'évaluation est plus difficile en législation où, au total, il semble que l'on ait affaire à un "système composite" sans principe *a priori* (la règle sauf dérogation restrictive), formule générale ou règle abstraite; on en conclura que l'auteur est réservé, y compris sur l'existence d'une règle statistique "générale" (le "*plerumque fit*") qui pourrait être, le cas échéant, la conséquence d'une série de règles concordantes, particulières, visant chacune un groupe plus ou moins large d'actes ou d'hypothèses; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 141 à 143 (à rapp. des pp. 122 et 127), relayé par C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 354, n° 832, note 6 et suivi par F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 166 : R.-G. SCHWARTZENBERG paraît en définitive plus enclin à faire du privilège la règle, préférant l'interprétation des textes par analogie à celle *a contrario*, et ce même s'il finit par qualifier d'assez vaine la controverse sur le caractère général ou exceptionnel de l'exécution forcée administrative. En ce qui concerne la présente étude, la querelle statistique retient moins l'attention que le principe générique qui ne doit pas être lu comme étant l'exécution forcée administrative ou judiciaire, mais bien l'exécution forcée administrative uniquement en présence d'un texte de loi et en cas d'urgence (ou dans un cas plus précis encore). Comp. en droit pénal "*nulla poenae sine lege*". L'important n'est pas de mesurer la quantité de comportements répréhensibles, ce qui relève d'une optique plus politique ou sociologique.

⁶⁷ Le rappellent expressément : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 15, p. 755 : l'obéissance spontanée; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 52 : "l'exécution principale est l'affaire de l'administré" dans la généralité des cas; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 386, p. 541; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 116 et 117, pour qui le caractère exceptionnel du privilège en théorie ne peut toutefois pas être inféré de la rareté pratique des cas de résistance : "Il s'agit moins d'un problème de droit que d'une question de fait"; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 147, p. 207 : l'exécution se réalise alors d'elle-même; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401.

340. Les tempéraments. Viennent ensuite les trois dérogations principales correspondant à trois hypothèses bien précises et non cumulatives⁶⁸. La jurisprudence française citée par les auteurs permet d'illustrer le "système dérogatoire".

Pour rappel, le Tribunal des conflits s'attache à déterminer la compétence juridictionnelle (judiciaire ou administrative) selon que l'importance de l'illégalité éventuelle permet de conclure ou non⁶⁹ à la voie de fait (de compétence judiciaire). Le Conseil d'État, quant à lui, statue soit sur sa compétence, à l'instar du Tribunal, lorsqu'il est directement saisi par le requérant, soit sur la légalité plus "subtile" des actes non manifestement illégaux, lorsque le contentieux lui est attribué par le Tribunal. Les tribunaux judiciaires font de même, mais concernant les voies de fait, et avec les réserves d'usage eu égard à l'action administrative⁷⁰. Sans perdre de vue que le conflit est parfois élevé précisément lorsque l'affaire est pendante devant l'autorité judiciaire.

En pratique, il est souvent difficile de rattacher la jurisprudence à telle hypothèse ou à telle autre. Le contrôle juridictionnel est en effet généralement complet. De telle manière qu'en règle, lorsque l'exécution d'office n'est pas expressément permise par un texte, le juge prend la peine de vérifier s'il se trouve ou non dans une situation d'urgence, ou si un autre mode d'exécution a été prévu⁷¹. Une même décision est donc généralement susceptible d'être citée à plusieurs endroits, surtout par la négative. Tel est surtout le cas des conclusions du ministère public.

La motivation de l'acte ne doit pas être sous-estimée dans cette perspective. Elle est parfois encline à brouiller les pistes. Il arrive également que les principes soient latents dans certains arrêts, supposant parfois, par exemple, la connaissance de l'existence de sanctions pénales dans une matière déterminée, surtout lorsque l'arrêt s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence constante.

⁶⁸ Précision relevée par C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 56; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 105 (alternatives).

⁶⁹ En cas d'illégalités plus mineures, la formule revient souvent que, même en admettant que cet acte (cette exécution) soit entaché(e) de certains vices, il ne saurait constituer une voie de fait ou justifier la compétence de l'autorité judiciaire.

⁷⁰ Le libellé des décisions est très évocateur à cet égard. Une formule introductive et récurrente plante immédiatement le décor, fortement résumée à ceci : si la protection de la propriété privée entre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire, la mission lui conférée se trouve limitée par l'interdiction qui lui est faite de connaître des actes de l'administration; lorsqu'elle est saisie d'une demande à l'encontre d'un tel acte, la juridiction civile doit se déclarer incompétente, sauf dans le cas de voie de fait. Des considérations diverses entourent la constitution de voie de fait, également au moyen d'expressions stéréotypées : l'acte (l'ordre) est manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire, d'un pouvoir de l'administration; l'administration a procédé à l'exécution dans des conditions constituant une voie de fait.

⁷¹ Rem. CELIER, concl. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *D.*, 1947, 131; *J.C.P.*, 1947, 2, 3.377 et obs. M.F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et *S.*, 1947, 3, 41 et note A. MESTRE) : avant de conclure à l'annulation parce que deux des quatre conditions posées à l'exécution forcée administrative n'ont pas été remplies, "il nous faut toutefois rechercher si nous ne sommes pas dans l'une des deux conditions exceptionnelles où la jurisprudence admet que l'exécution forcée est légitime même si les quatre conditions nécessaires et suffisantes que nous vous avons rappelées ne sont pas remplies". Ou encore la formule récurrente, que l'on trouve notamment dans C.E., Anduran, 23 janvier 1925, *Rec.*, p. 82; *D.*, 1925, 3, 43, concl. JOSSE et *S.*, 1926, 3, 53 et note : "en dehors de tout cas d'urgence et de péril immédiat", l'administration ne pouvait pas ...; C.E., Tartary, 20 décembre 1944, *Rec.*, p. 326; *D.*, 1945, p. 258 et note : "sauf en cas d'urgence ou de péril imminent", ...

Le recours à des formules stéréotypées s'est rapidement généralisé en jurisprudence, permettant aussi de mieux argumenter ou d'orienter le fond des débats. Pour les besoins de l'étude, la jurisprudence est ventilée en notes selon l'hypothèse ou la condition principale concernée. Par souci d'économie, un style plus ou moins télégraphique est parfois utilisé.

1. L'existence d'une loi

341. L'hypothèse. En premier lieu, l'autorisation du juge peut être remplacée par l'autorisation du législateur. L'hypothèse est bien celle d'un texte conférant une compétence à une autorité administrative en spécifiant, de manière "accessoire" ou au titre des moyens, que les actes faits en vertu de cette compétence pourront donner lieu, en cas de refus d'exécution opposé par les personnes visées, à une exécution forcée décidée par l'autorité administrative elle-même, sans recours préalable à un juge⁷². Il va de soi que, le cas échéant, l'exécution n'est pas constitutive de voie de fait⁷³.

Aucun auteur, à ce jour, ne s'est appliqué à réaliser un relevé complet des dispositions concernées⁷⁴, dont l'utilité est d'ailleurs très réduite comparée à celle des principes. La doctrine procède généralement par exemples⁷⁵.

⁷² Comp. F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 969, p. 556.

⁷³ T.C., Diaz-Canete (Préfet de la Gironde), 16 janvier 1995, *Rec.*, p. 490; R.F.D.A., 1996, p. 147 (l'exécution forcée d'office d'un arrêté de reconduite à la frontière). Rem. déjà T.C., Madaci et Youbi, 20 juin 1994, *Rec.*, p. 602; A.J.D.A., 1994, 1, p. 498, chron. C. MAUGUÉ et L. TOUVET; *Gaz. Pal.*, 1994, 1, 571, concl. conf. ABRAHAM et note S. PETIT, proclamant la compétence exclusive dans le chef de la juridiction administrative pour prononcer éventuellement le sursis à exécution d'office d'une décision administrative prise dans l'exercice d'un pouvoir expressément conféré à l'administration par l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée et dont l'exécution forcée, autorisée par l'art. 26bis de ce texte, ne saurait constituer une voie de fait (l'expulsion selon la procédure d'urgence absolue liée à une nécessité impérieuse pour la sécurité publique; les ressortissants algériens concernés étaient accusés d'avoir lancé des pierres sur les forces de l'ordre et brisé les vitrines de certains magasins lors d'une manifestation) (l'illégalité à apprécier était tirée de la Convention européenne des droits de l'homme, art. 6 et 13 : le droit à un recours effectif difficile après expulsion et le droit au respect de la vie familiale).

⁷⁴ Pour un relevé des principales dispositions législatives attribuant à l'administration le privilège de l'exécution forcée en droit français, voy. cependant G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 435 à 483, n°s 334 à 343, sp. pp. 476 à 483, n°s 331 à 339 (une théorie du privilège d'exécution forcée dans la législation). *Add.* très partiellement, mais multipliant déjà plus les exemples que d'habitude : L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, de manière générale; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 764 à 777, n°s 29 à 49; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (pp. 3 et 4); NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 62; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 709, pp. 273 et 274; M. LONG, P. WEILL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 63; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 181 à 184 et 190 et 191; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1358, pp. 1061 et 1062. Certains auteurs renvoient à ces "relevés", tel R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 127 et 128. D'autres procèdent par voie d'indications générales, comme M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 203 à 217, qui souligne le caractère traditionnel de prérogatives de nécessité publique seulement perfectionnées avec le temps, ou encore C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 3), pour qui le nombre de lois spécifiques a augmenté avec l'extension des fonctions de l'État.

⁷⁵ Rem. que la loi sur l'état de siège est censée l'emporter sur les autres "ordinaires". Comp. C.E., Delmotte et Senmartin (deux arrêts), 6 août 1915, concl. conf. CORNEILLE, S., 1916, 3, 9, note M. HAURIU; D., 1916, 3, 1 et R.D.P., 1915, p. 700, note G. JÈZE. En matière de saisie, voy. T.C., Pelletier, 30 juillet 1873, D., 1874, 3, 5, concl. DAVID, la première affaire après l'abolition de la garantie des fonctionnaires en France par le décret du 19 septembre 1870 sur laquelle s'étend le comm. gouv. : la saisie du journal Le Devoir est validée

À noter que la loi peut réserver certains pouvoirs à une autre autorité, principalement l'autorité judiciaire. Il est alors inconcevable, pour l'autorité administrative, d'empiéter sur ces prérogatives⁷⁶. Il lui incombe, au contraire, de s'adresser à elle pour obtenir le résultat voulu⁷⁷.

Il faut également faire preuve de prudence à l'égard d'activités qui peuvent être rattachées aux fonctions de police judiciaire, même si elles sont exercées par des fonctionnaires habilités relevant de l'administration⁷⁸.

Il convient surtout de respecter le prescrit légal, en particulier les motifs permettant à l'administration d'agir, comme par exemple la nécessité de maintenir l'ordre public ou de pourvoir aux besoins d'une unité dépendant de l'armée française⁷⁹. La règle n'est évidemment pas propre à l'exécution administrative. Elle est valable dans toutes les matières⁸⁰, et pas seulement en ce qui concerne les privilèges⁸¹. Mais elle permet parfois de départager des hypothèses légales apparentées et pourtant différentes, correspondant surtout à des dispositifs différents en termes de pouvoirs d'exécution⁸².

parce qu'elle était expressément autorisée par la législation sur l'état de siège.

⁷⁶ C.E., Sainteau, 6 avril 1951, *Rec.*, p. 180 : la saisie administrative et la vente illégale de produits (huîtres) sont réservées à des auxiliaires judiciaires habilités, en l'absence de tout motif d'urgence : voie de fait en l'espèce, car les mesures pratiquées par l'administration ne sont pas susceptibles d'être rattachées à l'exercice d'un pouvoir lui appartenant. Il s'agit de la formule habituelle rencontrée en application de la première condition posée à l'exécution d'office en l'absence de toute autre sanction. Rem. aussi C.E., Trombert, 27 octobre 1944, *Rec.*, p. 275 et la saisie administrative d'une somme d'argent à domicile par les gendarmes sans aucun titre légal, indépendamment d'une poursuite ayant débouché sur le paiement d'une amende.

⁷⁷ Voy. *infra*, l'hypothèse dans laquelle il existe une sanction judiciaire, ou encore la première condition en l'absence de toute sanction. Rem. tout particulièrement les procédures d'expropriation ou liées aux immeubles menaçant ruine qui requièrent l'autorisation du juge la plupart du temps.

⁷⁸ La mise en fourrière d'un véhicule, par exemple, est une opération de police judiciaire relevant de la compétence judiciaire, au terme du Code de la route français. Seule la conservation du véhicule est administrative. Voy. C.E., Ferran, 18 mars 1981, *Rec.*, p. 148 et D., 1981, I.R., 283 et les obs. très claires de P. DELVOLVÉ.

⁷⁹ T.C., Reyneri, 19 juin 1952, *Rec.*, p. 630, concernant l'enlèvement d'office d'un stock de tissus et de lainages non susceptibles de pourvoir aux besoins d'une unité dépendant de l'armée française : voie de fait.

⁸⁰ O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 376; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 5). Voy. parmi beaucoup d'autres en matière d'ordre public : C.E., abbé Voituret, 22 novembre 1907, et C.E., abbé Déliard, 8 février 1908 et concl. CHARDENET, S., 1908, 3, 49 et note M. HAURIU concernant la fermeture d'une église tantôt validée, tantôt pas; C.E., Abbé Gonot, 21 janvier 1910, *Rec.*, p. 49, concl. SAINT-PAUL : n'entre pas dans les pouvoirs de police des cimetières l'interdiction générale de toute croix revêtant le caractère d'emblèmes religieux et l'injonction d'en enlever une édifiée sur une concession; C.E., Buléon et Gentil, 14 mai 1915 et Abbés Chaumontet et Bouvier, 24 décembre 1915, *Rec.*, pp. 159 et 368, concernant l'interdiction générale des processions et cérémonies sur la voie publique sans aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre public.

⁸¹ En ce qui concerne le privilège, voy. *infra* les nombreux exemples concernant l'ordre public, surtout liés à l'existence de sanctions pénales (l'ancien article 471, 15° du Code pénal en matière de police) ou à l'urgence, existante ou non (les textes la requièrent le plus souvent en matière de police).

⁸² Rem. T.C., Escard, 1^{er} juillet 1935, *Rec.*, p. 1236 et le départ entre les travaux de déblaiement, de nivellement et de désinfection auxquels l'administration des ponts et chaussées peut procéder d'office dans le cadre de la loi du 16 avril 1930 consécutive aux inondations de 1930 et la démolition d'un immeuble menaçant ruine, mais non détruit par l'inondation : elle devait répondre, en conséquence, aux formalités de la loi du 21 juin 1898. L'exécution d'office n'était pas permise.

Bref, rien que le texte, mais tout le texte⁸³.

342. L'importance d'une loi. La jurisprudence n'était pas nécessaire pour permettre ce type de dérogation⁸⁴ plutôt lié à la délégation des pouvoirs et à la hiérarchie des normes. Seule sa portée sur le système est importante : l'existence d'une voie légale prive l'administration de la faculté de recourir à l'exécution d'office au sens strict.

Du point de vue de la hiérarchie des normes, il est bien entendu en doctrine et en jurisprudence qu'une loi au sens formel est requise pour permettre l'exécution forcée d'office. Une loi, c'est-à-dire pas un décret⁸⁵ ou un règlement^{86 87}. L'exigence ne reçoit toutefois pas vraiment

⁸³ C.E., Entreprise de publicité générale A. Lioté, 20 mars 1968, *Rec.*, p. 195 : l'administration peut légalement pénétrer sur un terrain privé pour y "déposer" un panneau publicitaire irrégulièrement implanté par une entreprise préalablement avertie, panneau parmi d'autres, mais dont il est établi qu'il compromettrait la visibilité au carrefour de deux routes importantes - urgence, danger pour les usagers. Rem. aussi le cas d'un chemin prétendu privé, mais livré à la circulation publique : C.E., Gaildraud, 17 juin 1881, *Rec.*, p. 627 et note; S., 1883, 3, 9 : il appartient au maire de faire disparaître les obstacles à la circulation dressés par le particulier dans l'attente d'une décision judiciaire sur les droits liés à la propriété.

⁸⁴ C. EISENMANN souligne au contraire la place de la loi dans le système : *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, pp. 763 et 764.

⁸⁵ Pour certains, en France, le privilège peut être établi par décret depuis la Constitution de 1958 : J.-P. LASSALE, note sous C.E., Klein, 8 avril 1961, S., 1961, 3, 249, ici 251; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 337 à 339, pp. 481 à 483; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 971, pp. 557 et 558. *Contra*, par respect de l'article 34 de la Constitution française qui maintient les libertés publiques et la propriété dans le domaine législatif (à la différence du pouvoir d'établir des sanctions administratives) : J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 159, p. 223; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 406; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 95. *Add.* M. FRÉJAVILLE, "Les réquisitions de logement peuvent-elles être exécutées d'office ?", *J.C.P.*, 1947, I, 617, n° 13; G. VEDEL, obs. sous T.C., Gérony, 24 juillet 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3.875; et plus généralement les affaires citées *infra* en matière de réquisition et les nombreuses notes de M. FRÉJAVILLE : l'exécution d'office ne peut être autorisée que par une loi, un décret du 16 janvier 1947 ayant tenté d'établir "par fraude à la jurisprudence" une procédure d'exécution forcée administrative en matière de réquisitions de logement que le Conseil d'État et les tribunaux judiciaires avaient déniée à défaut de texte, et qu'ils n'ont pas acceptée par voie de décret. À noter, en revanche, que l'établissement par décret de sanctions administratives, à le supposer légal, est susceptible d'empêcher le recours au privilège lorsque la loi est imparfaite.

⁸⁶ L'exécution forcée d'office est, le cas échéant, illégale. Mais l'exécution comme telle n'est pas nécessairement constitutive de voie de fait au civil (comme en matière de réquisition) - ni d'un abus de pouvoir au pénal - dès lors qu'elle a été réalisée dans le respect de l'acte réglementaire illégal, pourvu que les agents aient agi dans le cadre de leurs fonctions administratives. Voy. Cass. (ch. req.), 5 juin 1918 - et Cass. crim., 21 mars 1918 -, D., 1921, I, 41 et note J. APPLETON soulignant "les difficultés juridiques de la matière", propices à l'erreur. Soit un arrêté municipal relatif à l'inspection sanitaire des viandes foraines au terme duquel les viandes non estampillées doivent être transportées au poste d'inspection par les soins des intéressés, faute de quoi il y est pourvu d'office et à leurs frais par l'autorité municipale par voie de saisie administrative, alors que seule l'application de l'article 471 du Code pénal était possible : incompétence du pouvoir judiciaire pour en connaître et statuer sur l'indemnisation. Plus généralement, l'autorité ne peut menacer d'exécution d'office (elle le doit) que si celle-ci lui est permise : rapp. C.E., Tartary, 20 décembre 1944, *Rec.*, p. 326; D., 1945, p. 258 et note, commenté plus loin. Y compris de manière générale, par voie réglementaire. Voy. C.E., Gay-Lussac, 16 février 1912, *Rec.*, p. 220 : les infractions aux lois ou arrêtés ne comportent d'autres sanctions que celles qui sont édictées par la loi; or, il ne peut être procédé à l'abattage immédiat d'un chien qu'en cas de péril grave et imminent, par exemple en cas de rage - loi du 21 juin 1898 -; excède donc ses pouvoirs le maire prescrivant une telle mesure comme sanction aux dispositions de son arrêté; C.E., de Chasteigner, Mure et Favreau, 11 juillet 1913, *Rec.*, p. 832 : aucun texte de loi n'autorise le maire à s'autoriser à procéder d'office, sauf urgence ou péril imminent, à l'exécution des mesures ordonnées sur base de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884, et à se substituer au

d'explication (que l'on trouve plus facilement lorsqu'on envisage globalement les droits privé et administratif au sein du même système constitutionnel). Une discussion au parlement est indispensable⁸⁸. Sans oublier pour autant que "ce n'est pas précisément à la force qu'il leur a fallu déployer pour triompher que les bonnes lois se reconnaissent"⁸⁹. Le procédé n'est donc pas la panacée à généraliser.

À noter qu'une nouvelle loi n'a pas toujours pour effet d'autoriser l'exécution forcée d'office susceptible d'être acquise en jurisprudence en cas d'urgence ou à défaut d'une autre sanction. L'effet d'une nouvelle loi ne doit donc pas être exagéré d'emblée⁹⁰.

343. La liberté du législateur. Il va de soi que le législateur est libre de ne pas reproduire les conditions posées à l'exécution forcée par la jurisprudence. À défaut d'une mention claire sur ce point, il est toutefois difficile de savoir si elles sont tout de même obligatoires. La question sera envisagée plus loin.

Lorsque le législateur prévoit divers procédés en n'établissant pas leur incompatibilité ou leur exclusivité, ils ne s'excluent normalement pas : l'autorité pourra soit recourir à la fois à l'un et à l'autre, soit employer l'un ou l'autre à son gré⁹¹.

juge des contraventions seul compétent pour prononcer des condamnations encourues par les contrevenants : excès de pouvoir; C.E., Magnier, 18 juillet 1919, *Rec.*, p. 646 : en disposant qu'en cas de contravention aux prescriptions visant la sécurité et la salubrité, les rues et passages privés seraient fermés et qu'il serait posé des barrières à leurs extrémités en bordure des voies publiques par les soins de l'autorité municipale, aux frais des propriétaires, le tout sans préjudice des poursuites contre les contrevenants devant les tribunaux compétents, le maire a entendu donner d'une manière générale à son arrêté, par voie d'exécution d'office, une sanction qui n'est pas prévue par la loi et qui ne saurait être admise pour cela que dans les cas d'urgence et d'absolue nécessité : excès de pouvoir; C.E., Duvin et Syndicat médical des Landes, 8 novembre 1932, *Rec.*, p. 923, concernant un arrêté du maire réglementant le stationnement des véhicules en ville en sanctionnant les contraventions aux dispositions relatives à l'acquittement des droits de stationnement par une mesure d'exécution d'office telle que la mise en fourrière sans la justifier par aucune nécessité publique urgente : excès de pouvoir; C.E., Commune de Saint-Tropez, 20 octobre 1995, *R.F.D.A.*, 1995, p. 1264, concernant un arrêté fixant une procédure permanente d'exécution forcée pour faire enlever par les services municipaux, aux frais du contrevenant et avec mise en fourrière, des objets exposés sur la voie publique en contravention aux dispositions dudit arrêté et de leurs supports : selon le Conseil d'État, en l'absence d'urgence motivée par un péril imminent et à défaut d'un texte particulier l'y autorisant, le maire pouvait seulement faire application des dispositions prévues à l'article R26-15° du Code pénal.

⁸⁷ Rem. qu'en l'absence de texte adéquat, l'autorité administrative est privée du pouvoir d'assortir d'astreintes ses mises en demeure : C.E., Ville de Nîmes, 23 septembre 1988, *D.A.*, 1987, n° 517.

⁸⁸ CELIER, concl. conf. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *D.*, 1947, 131; *J.C.P.*, 1947, 2, 3.377, obs. M.F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et S., 1947, 3, 41 et note A. MESTRE).

⁸⁹ M. HAURIOU, note sous T.C., Fabrique de Saint-Donan, 26 mars 1898, S., 1899, 3, 33, ici 34.

⁹⁰ Comp. G. JÈZE, comm. Cass. crim., 31 décembre 1903 (arrêt Knittel), *R.D.P.*, 1904, p. 110, où l'auteur soutient que l'exécution d'office n'était pas disponible à l'administration parce qu'une nouvelle loi la prévoit et qu'il a été évoqué au cours des travaux préparatoires qu'elle n'était pas autorisée par la législation antérieure. C'est oublier, comme exposé pourtant juste avant, que l'exécution d'office est autorisée, en jurisprudence française, en cas d'urgence ou même à défaut de toute autre sanction. Sans oublier que l'interprétation donnée à l'ancien texte ne lie évidemment pas pour le passé : elle n'a aucune force obligatoire sur ce point, mais seulement valeur d'indice.

⁹¹ A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, S., 1947, 3, 41.

Pour finir, l'exécution a lieu le plus souvent aux frais de l'intéressé, mais il semble que la loi doive prévoir cette modalité, sans quoi l'exécution forcée aura lieu aux frais de l'État. Cela malgré une doctrine plutôt discrète sur le sujet⁹², à l'instar, d'ailleurs, de la jurisprudence : en règle, la mise aux frais de l'administré est emportée par la mesure d'office validée ou non. À noter toutefois que la mise aux frais dépend évidemment de la régularité de l'exécution d'office. Ce qui n'est pas le cas, par exemple, en l'absence de notification individuelle telle que prévue par la loi⁹⁴.

2. L'existence d'une sanction

344. L'hypothèse. En deuxième lieu, à défaut d'autorisation législative, une autre "voie de droit" a pu être prévue par le législateur. Le cas échéant, le privilège ne peut pas être utilisé.

La jurisprudence semble avoir évolué sur ce point⁹⁵ pour étendre la voie pénale à toute voie de droit. Elle semble avoir évolué, parce que des voix se sont élevées pour indiquer que ROMIEU avait déjà prévu cette "évolution" dans ses conclusions⁹⁶.

Il s'agit toujours, mais plus seulement, d'une sanction pénale imposant la poursuite pénale (autrement dit le procès verbal suivi d'une peine, elle-même parfois assortie de mesures

⁹² Voy. R. CHAPUS, *op. cit.*, T. II, 11^e éd., 1997, n° 1358, p. 1061 : la reconduite de l'étranger à la frontière se fait aux frais de l'État, par exemple, même si l'auteur paraît avancer le principe inverse dans les autres matières, sans préciser la nécessité d'une loi. Comp. *a contrario* L. CAVARÉ et la troisième fonction du juge qui consiste à prévoir l'exécution forcée à laquelle l'administration devra souvent avoir recours et à l'autoriser par avance, sous les conditions qu'il peut librement déterminer (*op. cit.*, 1920, p. 48 et pp. 63 à 69).

⁹³ Rem. à cet égard C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 8), note 64, à propos de travaux liés à la réfection d'immeubles insalubres : l'inverse reviendrait à favoriser les propriétaires irrespectueux.

⁹⁴ C.E., Clavé, 9 janvier 1931, *Rec.*, p. 16, concernant le curage d'office d'un ruisseau mis à charge des propriétaires intéressés, à défaut d'exécution personnelle dans un délai lié à la notification, par voie de taxe de curage.

⁹⁵ Rem. C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 7), qui appréhende de manière isolée un retour en arrière de la jurisprudence à cet égard, et les nuances apportées sur ce point par R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 136 à 138.

⁹⁶ G. DUPUIS, en particulier, s'insurge contre l'unanimité formée autour de l'évolution de la notion d'absence de sanction (*op. cit.*, T. II, 1962, n° 357, p. 496 et n° 359, p. 499). Dès le départ, selon lui, ROMIEU avait envisagé l'hypothèse de la sanction civile, dans ses conclusions, en privilégiant toutefois, dans le résumé de la formule, l'absence de sanction pénale. Tout simplement parce que l'action civile (en droit français) n'est ouverte qu'exceptionnellement à l'administration et que les sanctions administratives sont à juste titre considérées comme une anomalie. *Add.* C.E., Veuve Bernier, 19 février 1904, *Rec.*, 1904, p. 131 et *R.D.P.*, 1904, p. 515 : le Conseil d'État parle de l'absence de "sanction judiciaire". Même en ignorant la théorie de ROMIEU sur ce point, l'idée a au moins été formulée à l'occasion de l'affaire "Immobilière de Saint-Just", plusieurs commentateurs attirant l'attention sur les moyens légaux qui eussent pu être utilisés en lieu et place de la force. H. BERTHÉLEMY, par exemple, eût préconisé l'application immédiate des mesures de liquidation des biens possédés par les congrégationnistes. "Envoyés en possession de ces biens, les liquidateurs auraient pu en expulser les occupants par les procédés juridiques applicables à des locataires congédiés. Le retour des congrégationnistes dans les biens évacués aurait été aussi impossible que le retour d'un ex-locataire dans son ex-logis" (*op. cit.*, 13^e éd., 1933, pp. 350 et 351). Dans le même sens : J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 216.

d'exécution) et privant en conséquence l'administration de l'exécution d'office lorsqu'elle est prévue⁹⁷.

⁹⁷ Dans le sens de la "privation" du privilège, en matière de police et de réquisition en général : C.E., Société française d'industrie chimique, 7 novembre 1913, *Rec.*, p. 1055; S., 1916, 3, 1 et note M. HAURIOU sur l'article 471, 15° du Code pénal prive l'autorité administrative de la faculté d'ordonner l'apposition administrative de scellés sur les appareils servant à la fabrication interdite ou non autorisée d'acide sulfurique noir : elle doit être judiciaire; C.E., Ducasse et Caplong, 30 mai 1919, *Rec.*, p. 502 : excès de pouvoir que la menace d'enlèvement d'office d'une clôture sans aucun motif d'urgence tiré d'un péril imminent ou de la nécessité de rétablir la circulation interrompue - motif requis par les textes - et alors que la juridiction compétente n'a pas encore statué sur le procès-verbal de contravention dont elle a été saisie; C.E., Revel-Chiroux, 29 avril 1932, *Rec.*, p. 435; D.H., 1932, 322 et obs.; D., 1934, 3, 18, note P. DUCLOS : aucune raison d'extrême urgence ou de péril immédiat n'existant dans l'espèce, le maire ne pouvait faire procéder par voie d'exécution administrative à la démolition du baraquement provisoirement établi sur le domaine public et à l'enlèvement des marchandises; il appartenait au maire de faire dresser procès-verbal et de saisir le juge de simple police pour condamnation à la restitution du terrain et à l'amende; C.E., Ruasse, 10 mars 1933, D., 1934, 3, 18, note P. DUCLOS : l'enlèvement d'office de kiosques à journaux n'est pas seulement indemnisé parce que l'acte exécuté était illégal, comme confirmé en note, mais aussi pour excès de pouvoir dans la mesure où la contravention de grande voirie ou l'amende prévue à l'article 471, 15° du Code pénal étaient permises; C.E., Frémy, 8 décembre 1933, *Rec.*, p. 1159 : constituent une prise de possession irrégulière la coupe d'arbres pure et simple et la destruction de clôtures au-delà de la servitude d'égoutage pour assurer la sécurité de l'exploitation d'une ligne de transport d'énergie électrique au lieu de dresser procès-verbal pour non respect de la distance légale par rapport aux chemins vicinaux; C.E., Tartary, 20 décembre 1944, *Rec.*, p. 326; D., 1945, p. 258 et note : il n'appartient pas au maire de prescrire, sous peine d'exécution d'office aux frais du contrevenant, la réparation des dégradations causées à des chemins vicinaux ordinaires dont la répression ne relève que du juge de contravention après procédure régulière; C.E., Raybaud, 26 février 1947, *Rec.*, p. 79 : constitue un excès de pouvoir la démolition d'un établissement sur le domaine public maritime ordonnée d'office à défaut d'urgence et alors que la juridiction compétente - le conseil de préfecture - était saisie d'un procès-verbal de contravention; T.C., veuve Fruchier, 21 juillet 1949, *Rec.*, p. 611 et *R.D.P.*, 1950, p. 235 (chron. R. DRAGO) : est constitutive de voie de fait la réquisition en application de la loi de 1938 assortie de sanctions pénales, "hors le cas d'urgence"; C.E., veuve Depalle, 30 juillet 1949, D., 1950, 109 (2^e espèce) : est constitutive de voie de fait l'exécution d'office d'une réquisition - expulsion - en 1942 en vertu de la loi de 1938 pour autant assortie de sanctions pénales, "hors le cas d'urgence exceptionnelle" (incompétence du Conseil d'État), comparable à T.C., de Frey, 30 juin 1949, *R.D.P.*, 1950, p. 234 (chron. R. DRAGO); T.C., Gazon, 5 juillet 1951, *Rec.*, p. 642 : constitue une voie de fait la réquisition d'office d'un camion en vertu de la loi de 1938, sans urgence, alors qu'il existe des sanctions pénales; T.C., Société Camion frères, 25 mars 1957, *Rec.*, p. 815; *R.D.P.*, 1957, p. 953 : est constitutive de voie de fait la réquisition exécutée d'office d'un logement en application de l'article 97 de la loi municipale pour autant sanctionnée par l'article 471, 15° du Code pénal, en l'absence d'extrême urgence; C.E., Klein, 8 avril 1961, *Rec.*, p. 216; S., 1961, 3, 249, note J.-P. LASSALE; D., 1961, 3, 587, concl. J.-F. HENRY et note P. WEILL, 611 (avec l'arrêt Werquin); A.J.D.A., 1961, I, 332 et 341, chron. GALABERT et GENTOT : les infractions reprochées étant réprimées par le Code pénal et aucune urgence n'imposant l'exécution d'office de la décision, excès de pouvoir que d'avoir fait cesser l'empiètement par le remplacement de la clôture bordant un chemin communal à la limite fixée par l'autorité judiciaire compétente, mais absence de préjudice dans la mesure où la clôture n'a pas été détériorée; C.E., Cazauban, 12 novembre 1955, *Rec.*, p. 537 : excès de pouvoir que l'enlèvement d'office d'appareils publicitaires installés depuis longtemps sur la voie publique en présence d'une sanction pénale liée à la contravention de voirie - la juridiction n'était même pas saisie d'un procès-verbal - et à défaut d'urgence; T.C., Commune de Saint-Just-Chaleysin, 25 novembre 1963, *Rec.*, p. 795, concl. CHARDEAU; J.C.P., 1964, II, 13.493, note J.-M. AUBY; A.J.D.A., 1964, I, pp. 24 et 42, chron. J. FOURRÉ et M. PUYBASSET : il était interdit de procéder à une exhumation d'office de corps enterrés sur une concession pour l'attribuer à une autre famille, ce en l'absence de toute urgence et alors que la contravention alléguée - le défaut de construction d'un caveau dans un délai réglementaire de quatre mois - était passible de sanctions pénales (voie de fait) (comp. avec les excès de pouvoir Etori et Dille de Chasteignier à propos de mesures de police dans les cimetières); C.E., Lorjou et Mottet, 7 janvier 1970, D., 1970, p. 209 et concl. G. GUILLAUME : déchargement et saisie exécutés d'office et sans urgence ni menace sérieuse pour l'ordre public, de toiles monumentales visibles des quais, mais irrévérencieuses pour le Pape et le Général et exposés sur une péniche circulant sans autorisation autour de Paris; absence de préjudice par mise à même de reprendre immédiatement les toiles déchargées, et implicitement pour n'avoir pas demandé d'autorisation; C.E., Commune d'Ax-les-Thermes, 20 juin 1980, *Rec.*, p. 281; *R.D.P.*, 1980, p. 1726,

Tel est le cas, par exemple, en matière de réquisition de bois sur pied⁹⁸.

À l'inverse, l'absence de sanction pénale autorise parfois l'exécution d'office⁹⁹.

Tel est le cas, en particulier, en matière de réquisition de logement¹⁰⁰.

L'hypothèse, en jurisprudence, a donc deux valeurs, l'une positive et l'autre négative.

Il s'agit plus généralement de tout procédé légal ou juridique quelconque permettant de réduire efficacement la résistance du récalcitrant (tout procédé d'exécution), de toute autre procédure

concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE; *A.J.D.A.*, 1980, 1, 527, chron. M.-A. FEFFER et M. PINAULT, commenté *infra*, note 195 (impl., encore que, plus exactement, un texte limite l'action d'office au cas d'urgence née d'un péril imminent).

98 En matière de réquisition de bois sur pied, l'exécution d'office d'un ordre de réquisition - par exemple l'abattage et l'enlèvement sans martelage et mesurage contradictoires - en dehors de toute urgence et malgré l'existence de sanctions pénales, est constitutive de voie de fait dont l'indemnisation relève du pouvoir judiciaire : T.C., Préfet de la Corrèze (Lamassiaude), 12 mai 1949, *Rec.*, p. 601; S., 1950, 3, 40 et note; *R.D.P.*, 1950, p. 234 (chron. R. DRAGO); C.E., Demarçay, 8 juillet 1949, *Rec.*, p. 342, impl.; C.E., de Persan, 28 avril 1950, *Rec.*, p. 244; C.E., de Vaux, 7 mars 1952, *Rec.*, p. 154; T.C., Flavigny, 27 novembre 1952, *Rec.*, p. 643; S., 1953, 3, 37, concl. LETOURNEUR; *J.C.P.*, 1953, II, 7.438, concl. et obs. C. BLAEVOET; T.C., Préfet de la Seine-Inférieure, 27 novembre 1952, *Gaz. Pal.*, 1953, 1, 32; T.C., de Bruyne, 24 avril 1953, *Rec.*, p. 769. Rem. encore C. ROSSILLION, note sous C.E., Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille, 12 décembre 1953, *D.*, 1954, p. 511 concernant la crainte écartée par le Conseil d'État, au moyen d'un "véritable petit arrêt de règlement", de la séparation prophylactique forcée dans le cadre d'une vaccination obligatoire contre la tuberculose.

99 Dans le sens de l'autorisation du recours au privilège, "à défaut de sanction pénale et les dispositions légales ne pouvant rester lettre morte", voy. en aval de l'arrêt "Immobilière de Saint-Just" : C.E., veuve Bernier, 19 février 1904, *Rec.*, p. 131; *R.D.P.*, 1909, p. 515 ("absence de sanction judiciaire"), impl. confirmé par C.E., Abbé Grall et L'Heerec, 4 mars 1904, *Rec.*, p. 189; C.E., Humbert-Faure, 25 mars 1904, *Rec.*, p. 264; C.E., de Jerphanion, Servajean, Chambonnière, Dupré et Bourlier d'Ailly (cinq arrêts), 22 avril 1904, *Rec.*, p. 327; C.E., Evêque de Grenoble, 10 juin 1904, *Rec.*, p. 446, avec du même jour C.E., de Miribel, Société des forges et visseries de Saint-Hippolyte, Vallet et Beaudet; S., 1906, 3, 115, note 5; C.E., Renault, 22 juillet 1904, *Rec.*, p. 638. *Add.* T.C., Héritiers Guériel, 28 mai 1962, *Rec.*, p. 820 : n'est pas constitutive de voie de fait la prise de possession consécutive à la réquisition préfectorale d'un immeuble pour logement par application du Code de l'urbanisme et de l'habitation. Rem. C.E. (ass.), Sastre, 7 mai 1971, *Rec.*, p. 335, concl. GENTOT; *R.D.P.*, 1972, p. 443, comm. M. WALINE; *J.C.P.*, 1972, I, 2.446, comm. D. LOSCHAK, "Un nouveau cas de responsabilité sans faute : l'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions" (l'affaire dite "du marché de Bordeaux-Brienne") : décret fixant un périmètre réservé à une catégorie de commerçants mais non libéré par d'autres, ou l'impuissance d'un décret assorti d'une sanction pénale (R26-15°) jugé illégal par le juge pénal mais légal par le Conseil d'État; l'exécution d'office est impossible puisqu'au judiciaire la décision à exécuter est illégale et que, pour le juge administratif, le texte a prévu une sanction pénale; indemnités finalement allouées aux commerçants préjudiciés; les auteurs déplorent l'absence d'une procédure permettant de trancher les désaccords entre les deux ordres de juridiction indépendants, sauf le cas d'annulation.

100 Dans le même genre, doivent être ajoutés à cette liste une série d'arrêts liés aux réquisitions spéciales de logement ordonnées à la fin de la seconde guerre mondiale, sur base d'une ordonnance de 1945 ne prévoyant pas de sanction pénale, d'abord dans le sens de la privation du privilège ou de la voie de fait, tant que le Tribunal des conflits pensait que les sanctions pénales d'une ancienne loi étaient applicables, ensuite dans le sens de l'autorisation du recours au privilège et du contrôle opéré par le Conseil d'État "en l'absence de sanction pénale et les prescriptions (de telle loi) ne pouvant rester lettre morte", à partir de 1949, une fois que la Cour de cassation s'est opposée à la première interprétation. Voy. *infra*, n° 353 et s., les explications données au sujet du revirement intervenu dans la jurisprudence du Tribunal des conflits avec l'arrêt Dumont sur ce point. Pour rappel, lesdites réquisitions représentent le deuxième événement principal à la source de la jurisprudence française concernant l'exécution d'office, après la dissolution des congrégations.

pouvant être utilement employée dans ce sens. "À défaut de toute action judiciaire", résume la jurisprudence.

Sont de la sorte visées les actions judiciaires particulières¹⁰¹ éventuelles¹⁰². On les appelle les sanctions civiles¹⁰³.

101 Il doit s'agir d'une action judiciaire particulière, le juge civil ne pouvant en principe pas intervenir en matière administrative, et surtout pas dans l'exécution des actes administratifs. De manière plus logique encore, mais en justifiant l'existence du système par lui-même (différent du système belge) : J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 142, p. 209, note 11 : sans quoi la légalité de l'exécution d'office serait subordonnée à l'impossibilité de recourir au juge civil (!); G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 325 : la condition de l'absence de voie de droit ne se réaliserait par définition jamais. *Add.* G. VEDEL, note sous divers arrêts judiciaires en matière de réquisition pour logement, *J.C.P.*, 1948, II, 4.224, IX : non seulement une des conditions de l'exécution d'office ferait toujours défaut, mais surtout il n'y aurait presque plus jamais d'urgence réelle la justifiant compte tenu de la rapidité de décision du juge des référés et de l'exécution provisoire de droit, le cas échéant (!). Comp. M. HAURIOU, note sous C.E., Société française d'industrie chimique, 7 novembre 1913, S., 1916, 3, 1 (note analysée in *R.D.P.*, 1916, p. 417), ici 2, pour qui l'utilité de l'exécution d'office par la voie administrative est de pallier à la lenteur de la sanction judiciaire de par les garanties de sa procédure. Le vice d'un tel raisonnement est de permettre en règle l'exécution administrative par le motif relativement vague de l'urgence, au lieu d'alléger les garanties judiciaires en cas d'urgence, ce que vise au demeurant le référé judiciaire ou administratif (ce dernier étant limité, en l'état, au contentieux de la suspension). Rem. C.E., Mazelier, 8 décembre 1857, *D.*, 1858, 3, 47, et la possibilité de demander au conseil de préfecture compétent, même lorsque l'action publique pour contravention de grande voirie est prescrite, l'exécution forcée d'une obligation de faire telle que l'enlèvement d'un trottoir.

102 L'action judiciaire est la formule générique regroupant l'action pénale et l'action civile éventuelle. À l'exécution judiciaire de ROMIEU, C. BLUMANN préfère ainsi l'exécution "juridictionnelle" (*op. cit.*, 1974, p. 290, n° 688). Et comme le résume avec pertinence CHARDENET, concl. conf. préc. C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, S., 1909, 3, 51, ici 52 : "s'il n'y a pas de sanction judiciaire, il y aura une sanction administrative; on a admis l'exécution forcée par la voie administrative, lorsqu'elle était indispensable pour assurer l'obéissance à la loi, ou pour empêcher la violation de la loi". Mais attention. En dehors de l'exécution administrative, il ne saurait y avoir sans texte de sanction administrative au sens propre.

103 Dans le sens de l'absence de toute action judiciaire, on peut mentionner une série d'affaires liées à l'occupation interdite des presbytères communaux par les desservants (ministres du culte) à défaut de payer (réellement) des loyers, le plus souvent avec la complicité communale (expulsions le plus souvent assorties de mises sous scellés) : C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, *Rec.*, p. 275, concl. CHARDENET; S., 1909, 3, 51, concl. et note M. HAURIOU in S., 1911, 3, 33, analysant les moyens à la disposition du préfet; *R.D.P.*, 1909, p. 696 et note G. JÈZE (répertorié Haillon, du nom du maire) : ce n'est qu'à défaut d'action judiciaire introduite par le propriétaire pour obtenir l'expulsion que l'action administrative directe peut assurer l'obéissance aux dispositions impératives de la loi du 2 janvier 1907; en l'espèce, à défaut de toute action pouvant être exercée par le représentant de l'autorité, le préfet peut, sans excéder ses pouvoirs, mettre le desservant en demeure de quitter le presbytère, sous peine d'y être contraint par la force; C.E., commune de Dieppe, 9 juillet 1909, *Rec.*, p. 674 et S., 1911, 3, 33, note M. HAURIOU; C.E., commune d'Evillers, 9 juillet 1909, *Rec.*, p. 675 et S., 1911, 3, 33, note M. HAURIOU; C.E., Conseil municipal et commune de Villard-sur-Thônes, 22 avril 1910, *Rec.*, p. 328 et S., 1911, 3, 33, note M. HAURIOU; C.E., commune de Callian, 16 décembre 1910, *Rec.*, p. 976 (et suite le 9 juillet 1917, *Rec.*, p. 223) (loyers tellement réduits qu'ils sont constitutifs de subventions prohibées).

En revanche, l'existence d'une action judiciaire expresse est privative du recours au privilège : C.E., Abbé Bouchon, 17 mars 1911, *Rec.*, 1911, p. 341 et concl. L. BLUM : la commune ignorait qu'elle était propriétaire du presbytère placé sous séquestre comme bien faisant partie du patrimoine de la fabrique d'église, reçu par testament sous condition de fonction presbytérale à titre gratuit; à défaut pour la commune d'agir de par l'ignorance de l'acquisition par acte notarié, il dépendait donc du séquestre - l'administration des domaines - de contraindre à cesser l'occupation illicite du presbytère par une action en justice, et non au préfet de mettre en demeure d'évacuer le presbytère sous peine d'en être expulsé par la force publique; la possibilité seule de cette action suffit pour exclure l'exécution administrative : excès de pouvoir. *Add.* C.E., Abbé Hardel, 17 mars 1911, *Rec.*, 1911, p. 341 et concl. L. BLUM : l'exécution administrative n'est intervenue qu'après coup, quand le

Est visé plus généralement l'exercice de tout autre droit, tel que la réquisition, par exemple¹⁰⁴. C'est-à-dire toute sanction administrative permettant d'atteindre le même résultat.

"L'absence totale de moyens légaux"¹⁰⁵ est requise, en d'autres termes.

résultat recherché par la commune n'a pas été atteint judiciairement par une demande reconventionnelle en référé liée à une donation sous condition; l'excès de pouvoir est tiré de l'obstacle à l'exécution de la décision de justice non infirmée par le juge compétent et ordonnant le maintien en possession provisoire jusqu'à décision au fond (le comm. gouv. souligne la logique de la solution en évoquant le "domaine sans juge" de l'exécution administrative seulement possible dans les cas où l'autorité se trouve dans l'impossibilité matérielle d'obtenir du juge une décision exécutoire - suppléer un manque - et non pour en anéantir les effets comme en l'espèce - deux actes "également exécutoires en sens contraire"). *Add. C.E.*, Larose, 21 novembre 1913, *S.*, 1915, 3, 25, note M. HAURIOU : le recouvrement de sommes estimées dues ne peut pas s'effectuer par voie de retenue sur le traitement d'un fonctionnaire (il constitue une faute), mais plutôt par voie d'un arrêté de débet; *T.C.*, Société Actual Champs-Élysées, 12 juin 1949, *Rec.*, p. 595, et l'exercice possible d'une voie de recours au lieu de l'exécution forcée contraire à une ordonnance en référé (prise de possession avec l'aide de la police). Rem. encore *C.E.*, Muselier, 10 octobre 1969, *Rec.*, p. 432; *R.A.*, 1970, p. 29, concl. BRAIBANT; *J.C.P.*, 1969, 2, 16.098, obs. P.L.; *D.*, 1969, 669, note F.-G. BERTRAND; *R.D.P.*, 1970, note M. WALINE; *A.J.D.A.*, 1969, 1, 686, chr. DENOIX de SAINT MARC et LABETOUILLE, instructive sur les faits de la cause; *J.C.P.*, 1970, 1, 2.337, comm. J. de LANVERSIN ("Voie de fait et réalités"); *D.*, 1970, 29, comm. A. BOCKEL ("La voie de fait : mort et résurrection d'une notion discutable") : sont constitutives de voie de fait liée au droit de propriété des héritiers sur les papiers personnels de leur ayant cause, la mise sous scellés et la saisie administrative de documents - soupçonnés liés au Général De Gaulle - opérées "à titre conservatoire" au décès d'un officier général par l'administration maritime, en dehors de toute circonstance exceptionnelle - trois mois après le décès - et au mépris d'un texte - un décret - qui réserve au juge d'instance - le juge de paix - le pouvoir d'apposer les scellés - dans ces circonstances précises - et auquel il convenait en conséquence de s'adresser (les auteurs soulignent l'absurdité du résultat consistant dans le renvoi devant l'autorité judiciaire).

¹⁰⁴ Le premier arrêt considéré comme introduisant la sanction administrative parmi les modes d'exécution prohibant le recours à l'exécution forcée est le suivant : *C.E.*, Anduran, 23 janvier 1925, *Rec.*, p. 82; *D.*, 1925, 3, 43, concl. Josse et *S.*, 1926, 3, 53 et note. Le Conseil d'État déclare illégale l'apposition d'office de scellés par un contrôleur sur des minoteries (moulins), alors que des mesures comparables énumérées, notamment la réquisition, sont légalement prévues, mais seulement à partir de l'ouverture de poursuites correctionnelles pour infraction liée à la qualité de la farine produite (soit des mesures moins rapides). Aucune indemnité n'est toutefois allouée, à défaut de préjudice réel qui eût été identique avec les mesures autorisées ! Il s'agit, autrement dit, de respecter les formalités prévues par les textes autorisant l'exécution d'office, le cas échéant. *Add. C.E.*, s.a. Affichage Giraudy, 19 juin 1981, *Rec.*, p. 275 et l'enlèvement autorisé de dispositifs publicitaires aux frais des récalcitrants, mais seulement après que l'infraction aux prescriptions légales ait été régulièrement constatée par un officier ou par un agent de police judiciaire : annulation. De manière plus radicale : *C.E.*, Beaujard, 7 mai 1924, *D.*, 1924, 3, 13, note R.M. rapportée in *R.D.P.*, 1924, p. 615 : décision et mise en demeure pour un directeur d'écoles de se séparer d'une institutrice susceptibles d'aucune exécution par elles-mêmes, si ce n'est pour lui d'être déferé par le ministre devant le conseil départemental de l'enseignement primaire en vertu de l'article 41 de la loi du 30 octobre 1886 (les décisions ne lui font donc pas grief et sont irrecevables au contentieux); *C.E.*, Ville de Digne, 31 mai 1974, *Rec.*, p. 885 et T.A. Versailles, Ajoux, 14 mai 1980, *Rec.*, p. 645, table, rappelant la procédure à respecter pour ordonner la démolition d'un immeuble menaçant ruine; *T.C.*, Pelé, 25 novembre 1963, *Rec.*, p. 795, concl. CHARDEAU; *J.C.P.*, 1964, II, 13.493, note J.-M. AUBY; *A.J.D.A.*, 1964, I, pp. 24 et 42, chron. J. FOURRÉ et M. PUYBASSET : est constitutive de voie de fait l'expulsion administrative d'une personne occupant un logement de fonction dans un immeuble communal, en l'absence de toute urgence et alors que l'administration disposait d'une procédure juridictionnelle pour obtenir son départ. Rem. cependant *C.E.*, commune de Triconville, 12 mars 1909, *Rec.*, p. 275, concl. CHARDENET; *S.*, 1909, 3, 51, concl. et note M. HAURIOU in *S.*, 1911, 3, 33; *R.D.P.*, 1909, p. 696 et note G. JÈZE (répertoire Haillon, du nom du maire) : l'annulation de la délibération du Conseil municipal laissant au desservant la jouissance gratuite du presbytère n'avait rien donné, et comme annuler à nouveau eût été toujours recommencer, le recours à la force est autorisé au préfet. Rem. aussi J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 94 : l'exécution forcée immédiate serait également possible lorsque "la crainte ou même l'application des sanctions pénales ou administratives ne suffisent pas à entraîner l'obéissance du particulier" !

¹⁰⁵ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 86.

345. Son lien avec l'hypothèse précédente. L'hypothèse d'une sanction judiciaire peut être rapprochée de celle d'une loi.

En effet, lorsque la loi prévoit expressément la "sanction" d'une procédure coercitive débouchant sur l'exécution forcée après habilitation judiciaire, elle renvoie en définitive à la première hypothèse du système : celle où une loi dispose expressément à ce propos¹⁰⁶, mais par la négative. De même, l'établissement d'un privilège en faveur d'une autre administration peut être interprété comme se rattachant à l'hypothèse d'une loi comme à celle d'une sanction civile.

L'intérêt pratique de la distinction est nul car la question est identique dans les deux cas. Elle est de savoir si la loi a prévu ou non un mode d'exécution, quel qu'il soit. Avec pour conséquence partagée que ce qui n'est pas prévu autrement est en quelque sorte permis¹⁰⁷.

À noter que la sanction judiciaire n'empêche pas l'exécution forcée, mais seulement l'exécution forcée directe, puisqu'il faut passer par le juge pour l'obtenir. Il est donc déplacé de soutenir que l'application d'une peine est le préalable nécessaire à l'exécution forcée directe¹⁰⁸. L'exécution n'est plus "directe" dès lors qu'il a fallu passer par le juge, fût-il pénal. Au contraire, l'exécution forcée directe a pour objectif de pallier à l'absence de sanction.

346. Le choix entre payer ou obéir. Il ne peut pas non plus être légitimement défendu que l'administré ait réellement le choix entre obéir à l'obligation et payer l'amende. En plus de l'amende, l'administré peut en effet être condamné à l'exécution forcée, soit que le texte le prévoie explicitement, soit que l'administration le demande au juge pénal.

Tel n'est pas le cas, il est vrai, lorsque cette forme de "réparation" est impossible. On songe par exemple aux lois "purement pénales"¹⁰⁹ dont l'objet est sans doute de forcer au respect de la règle, mais qui offrent *en pratique*¹¹⁰ simplement un choix : obéir ou payer.

En dehors de ce cas, cependant, il peut seulement être défendu que, sauf exception autorisant le recours à la force, l'administré qui s'oppose à l'exécution d'un acte administratif ne s'expose *directement* (dans l'immédiat) qu'aux sanctions légalement prévues par les textes¹¹¹. L'exécution d'office au sens strict est en effet réglementée et elle suppose en principe le recours au juge.

¹⁰⁶ Comp. pourtant G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 359, p. 499, qui semble y voir une sanction civile.

¹⁰⁷ Rapp. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 60. L'auteur rapproche l'exécution administrative de l'adage selon lequel, pour l'administration, "tout ce qui n'est pas défendu est permis" (sous réserve de la théorie de l'abus de droit). La formule est toutefois trop forte. L'auteur l'a manifestement choisie pour amplifier sa critique.

¹⁰⁸ Comp. J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, pp. 533 à 535. En droit civil, l'exécution directe est une expression parfois utilisée pour désigner l'exécution en nature.

¹⁰⁹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 131.

¹¹⁰ Théoriquement, la transaction n'équivaut pas à une renonciation de répression, mais elle vaut sanction. Voy. sur ce point *infra*, n° 411.

¹¹¹ J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 66, sans mentionner toutefois le court terme.

Cela dit, en pratique, la combinaison est fréquente entre l'exécution d'office et la prévision d'une peine, en présence d'un texte¹¹².

347. L'éventualité d'une sanction générale. À noter encore l'éventualité d'une sanction générale que le législateur pourrait fort bien prévoir pour sanctionner toute résistance opposée à l'exécution d'un acte administratif. À défaut d'envisager l'exécution d'office généralisée, on songe surtout à une sanction pénale générale qui, à l'inverse, aurait pour effet d'empêcher toute exécution d'office au sens strict dans le système étudié.

La difficulté a été rencontrée en France. Il s'est agi de savoir si, à défaut de sanction spécifique, la sanction de l'article 471, 15° du Code pénal - devenu successivement l'article R 26, 15° du Code pénal et l'article 610-5 du nouveau Code pénal (1994) - est applicable à tous les actes administratifs de puissance publique ou si, au contraire, il ne vise que les règlements et les arrêtés rendus en matière de police communale générale.

Il faut préciser que la formulation du texte était très imprécise jusqu'en 1986. La disposition punissait d'amendes "ceux qui auront contrevenu aux décrets et arrêtés légalement faits par l'autorité administrative" - devenu successivement "aux décrets et arrêtés de police légalement faits" par décret du 14 mars 1986 et "aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police" en 1994 -.

Dès avant 1986, néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation s'était rapidement fixée dans le deuxième sens, préservant ainsi l'intérêt du tempérament et du système puisque, selon la première interprétation, il y aurait toujours eu une sanction pénale pour les infractions aux actes de la puissance publique¹¹³, et donc jamais exécution d'office au sens strict en vertu du deuxième tempérament.

¹¹² G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 191.

¹¹³ Dans ce sens : J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 218; L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 58; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 139 et 140. Voy. princ. Cass. crim., 31 décembre 1903 (arrêt Knittel), S., 1905, I, 425, note J.-A. ROUX; D., 1904, I, 281, note H. BERTHÉLEMY soutenant qu'à défaut d'une loi expresse l'exécution d'office aux frais du récalcitrant ne peut pas être envisagée; R.D.P., 1904, p. 101, comm. G. JÉZE dans le même sens : l'autorité administrative est impuissante à donner à la loi une portée qu'elle n'a pas et une sanction dont elle manque, que le législateur avait seul le droit d'édicter. L'arrêt vient confirmer une jurisprudence constante : Cass. crim., 11 janvier 1879, D., 1880, I, 143; Cass. crim., 23 octobre 1886, obs. cons. TANON, S., 1886, I, 493; D., 1886, I, 1196 et 1887, I, 505; Cass. crim., 23 mai 1901, S., 1902, I, 377, note A. MESTRE (l'arrêt concerne l'interdiction du port de la soutane ou du costume ecclésiastique non assortie de sanctions pénales...). *Add.* sur la question A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 118, note 1; O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, pp. 378 à 385; M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 475, note 2 et sa suite p. 476; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 87 et 88; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 7); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 402, p. 564; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 146, pp. 212 et 213, et notes; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 153, pp. 215 et 216. Selon F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 974, p. 559, cette jurisprudence, apparemment favorable à l'administré, aura contribué, en définitive, au développement des pouvoirs des autorités administratives, le Tribunal des conflits ayant mis en avant l'idée qu'une loi ne peut pas être bafouée par les particuliers. C'est effectivement ce à quoi l'on peut conclure à la lecture des commentaires de H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1904, pp. 214 à 227; A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, p. 71.

En somme, la proposition faite en doctrine¹¹⁴ n'a jamais été suivie de faire voter un texte plus large que l'article 471, 15° du Code pénal pour sanctionner absolument toutes les décisions réglementaires de l'administration par une amende de simple police. Une telle disposition aurait permis au juge de simple police d'assurer l'exécution comme conséquence de la contravention dans tous les cas (sauf urgence). C'eût été, en droit français, tirer les conséquences du principe de l'exécution judiciaire.

En pratique, cependant, de nombreuses réglementations renvoient à la disposition, dont le montant de l'amende est toutefois qualifié de dérisoire, de l'aveu presque unanime de la doctrine. Pourtant, l'existence de la sanction emporte la privation du recours au privilège. Le cas échéant, il convient donc de bien évaluer le montant des amendes, pour leur assurer un caractère dissuasif¹¹⁵, tout en restant proportionnel au manquement.

3. L'urgence

348. L'hypothèse. En troisième lieu, l'urgence à briser la résistance opposée à l'administration peut justifier l'exécution privilégiée, selon les circonstances de la cause.

La jurisprudence est abondante sur ce point¹¹⁶, mais surtout pour dénier à l'administration le

¹¹⁴ Dans ce sens : M. HAURIOU, *op. cit.*, S., 1904, 3, 20, et note sous C.E., Société française d'industrie chimique, 7 novembre 1913, S., 1916, 3, 1, ici 2, où M. HAURIOU considère que l'exécution d'office au sens strict est une "anomalie fâcheuse" et exceptionnelle résultant de l'interprétation restrictive par l'autorité judiciaire. *Add.* J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 218; O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 386; P. de F.-R., note sous Cass. crim., 11 mai 1949, S., 1949, I, 129, ici 131; L. SFEZ, *op. cit.*, 1966, pp. 461 et 462. F.-P. BÉNOIT, quant à lui, invitait à revenir sur l'interprétation limitative de la disposition pour ramener le maximum de cas d'exécution forcée vers l'exécution forcée par la voie répressive : *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 560, n° 976. Rem. encore l'article 111-3 du nouveau Code pénal : il confirme la possibilité pour un règlement d'être assorti de peines contraventionnelles. Il n'est plus précisé à l'article auparavant controversé que les décrets et arrêtés de police doivent être légalement faits, car l'article 111-5 du nouveau Code pénal accorde aux juridictions pénales le pouvoir d'apprécier la légalité d'un acte administratif dans tous les cas où la solution du procès pénal en dépend. Ce pouvoir était déjà acquis en pratique depuis de nombreuses années, en vertu de la jurisprudence du Tribunal des conflits.

¹¹⁵ Voy. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 405, pp. 568 et 569, concernant l'imperfection des sanctions pénales.

¹¹⁶ L'urgence est toujours motivée "en l'espèce", selon des formules déjà indiquées (telles que "il résulte de l'instruction..."), dont le laconisme peu édifiant pour le lecteur est dénoncé par C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 5), à quelques exceptions près. Mais elle est souvent mentionnée de manière superfétatoire, comme une exception non remplie (à défaut d'urgence, ...). Elle reçoit une interprétation extensive en temps de guerre.

Dans le sens de l'autorisation de l'exécution forcée administrative, en matière de réquisition et de police : T.C., Netter et Arnoux, 26 février 1948 (deux arrêts), J.C.P., 1948, II, 4.298, obs. M. FRÉJAVILLE, et D., 1948, 3, 313, note L. J. : n'est pas constitutive de voie de fait la réquisition forcée imposée par des considérations d'urgence, compte tenu des situations respectives des parties, en l'occurrence, dans la première espèce, la situation d'un prisonnier rapatrié vivant dans un studio-cuisine avec sa femme et deux enfants au regard d'un local requis complètement inoccupé - sorte de balance des intérêts -; T.C., de Berthier de Sauvigny, 21 juillet 1949, *Rec.*, p. 612 et R.D.P., 1950, p. 235 (chron. R. DRAGO) : *idem* (réquisition en application de la loi de 1938, exécutée d'office en raison de l'urgence); T.C., Office publicitaire de France, 19 mai 1954, *Rec.*, p. 703; J.C.P., 1954, II, 8.382, obs. J. RIVERO : lacération d'affiches par voie d'exécution d'office en raison de l'urgence eu égard tant à

droit de recourir à la force sans l'autorisation préalable du juge¹¹⁷. Néanmoins, la valeur exceptionnelle et le rôle important joué par l'urgence ont surtout été soulignés en doctrine, déjà par M. HAURIU¹¹⁸, A. de CHABERT-OSTLAND¹¹⁹ ou A. MESTRE¹²⁰. L'urgence permet de couvrir ou d'éviter la voie de fait¹²¹.

L'urgence joue cependant dans les deux sens. Aujourd'hui, elle permet également au juge de remédier préventivement à l'apparence d'une illégalité, au provisoire.

la nature des affiches litigieuses qu'aux conditions de temps et de lieu (menace suffisamment grave pour l'ordre public); T.C., Préfet de la Corse du Sud, 21 juin 1993, *Rec.*, p. 402; D., 1994, 37, note P.-P. MUSCATELLI et J.-P. PASTOREL dénonçant la réduction de l'urgence à un simple avantage temporel (la venue imminente de vacanciers) sans preuve d'une réelle nécessité pourtant mise à mal par les deux autorités judiciaires ayant précédé le conflit; D.A., 1993, n° 325; R.F.D.A., 1994, p. 181 : n'est pas constitutive de voie de fait l'exécution d'office d'une décision de fermeture prise en application du code de la construction et de l'habitation, par l'apposition de scellés interdisant le libre accès à une résidence de tourisme comme "simple mesure conservatoire" prise en l'absence tant d'un permis de construire (annulé) que d'une autorisation d'ouverture, alors qu'il n'était pas établi que la sécurité du public était assurée après l'attentat dont les bâtiments avaient fait l'objet et alors qu'il y avait urgence en raison de l'imminence de l'arrivée des occupants.

117 Dans ce sens *privatif* : C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *Rec.*, p. 278; D., 1947, 131, concl. conf. CELIER qui analyse toutefois les conditions avant les principes; J.C.P., 1947, 2, 3.377, concl. et obs. M.F.; S., 1947, 3, 41 et note A. MESTRE : l'urgence ne saurait pas être présumée en matière de réquisition, surtout en temps de paix et s'agissant d'un fonctionnaire célibataire muté; l'urgence est en toute hypothèse inexistante dès lors qu'il n'a pas été pris effectivement possession des locaux concernés en temps utile (rem. A. MESTRE, 42 : l'urgence serait établie s'il s'agissait d'une famille exposée aux intempéries et à laquelle il faut de toute nécessité trouver un gîte par la réquisition (!) : une application déjà mentionnée en matière d'ordre public); C.E., Société Air-France c. Merlin, 29 avril 1948, *Rec.*, p. 511 : est constitutive de voie de fait la réquisition exécutée d'office ou de manière forcée, à défaut d'urgence et sur base de la loi de 1938, de locaux pour l'installation d'une école de l'air pour le personnel (implicitement en présence de sanctions pénales); C.E., Gruson, 7 juin 1951, *Rec.*, p. 632 : *idem* concernant l'empiètement sur un terrain privé par les services de la reconstruction pour l'érection de baraquements provisoires sans réquisition préalable, sur base de la loi de 1938 et à défaut d'urgence (implicitement en présence de sanctions pénales); C.E., S.N.C.F., 3 février 1956, A.J.D.A., 1956, 2, p. 237 : il n'est pas établi que l'urgence justifiait une prise de possession anticipée pour travaux publics (voie de fait); Paris, 28 avril 1973, J.C.P., 1973, 2, 17.506, concl. av. gén. CABANNES : l'arrêt dénonce l'absence de texte ou d'urgence justifiant la mesure d'exécution forcée - voie de fait à la propriété - consistant dans le placement intentionnel de blocs de béton sur la voie publique à l'entrée d'une propriété pour empêcher en fait une société d'y édifier des immeubles qu'elle a été autorisée à construire (les concl. soulignent l'existence de sanctions pénales pour poursuivre les infractions à un arrêté interdisant la circulation de véhicules de trois tonnes et demi et plus, mais c'est alors supposer l'exécution dudit arrêté, ce qui n'était pas évident); Cass. civ., 22 novembre 1995, D., 1996, I.R., p. 11 : la reprise de lieux communaux ne peut être exécutée, même sur base d'un titre juridique, qu'en vertu d'une autorisation de justice ou en cas d'urgence née d'un péril imminent, sous peine de voie de fait.

118 M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 234.

119 A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907 : "Dans les cas d'extrême urgence ou de péril imminent pour l'ordre public, l'administration est investie du droit de prendre des mesures provisoires et de pourvoir d'office à ce qui est nécessaire" (p. 58, mais aussi p. 118) sans qu'un texte soit nécessaire (p. 59).

120 A. MESTRE, in *Mélanges Maurice Hauriou*, *op. cit.*, 1929, p. 568 : en cas d'urgence, le règlement administratif se suffit à lui-même, car l'administration peut user directement de son droit de coercition, une sanction judiciaire étant impossible.

121 C. LECLERCQ, *op. cit.*, R.D.P., 1963, pp. 688 à 691.

349. La nature de l'urgence. L'urgence conduit à un renversement des valeurs juridiques et des données ordinaires du problème¹²², sauf évidemment lorsque l'exécution forcée directe est déjà autorisée légalement¹²³. Encore que, dans ce cas, l'urgence est susceptible de permettre l'assouplissement, voire la dispense de conditions posées pour y parvenir, dans le droit fil de certains textes prévoyant eux-mêmes une procédure d'urgence dérogatoire à la procédure habituelle. Sauf vraisemblablement lorsque le texte concerné prévoit lui-même l'urgence, par exemple dans des conditions drastiques.

L'urgence serait une "règle générale du droit administratif"¹²⁴ consacrée par la jurisprudence et par de nombreux textes de loi : un "principe général tacite"¹²⁵, pour les uns, ou incontesté¹²⁶, pour d'autres.

L'urgence est un prolongement de la théorie des circonstances exceptionnelles¹²⁷, même si des circonstances exceptionnelles ne sont pas requises. L'est par contre un intérêt public¹²⁸.

La théorie des circonstances exceptionnelles est limitée à des situations globales extrêmes, par nature urgentes, telles que la guerre ou une éruption volcanique. Il n'est pas rare de lire que le Conseil d'État a développé une théorie particulièrement large des pouvoirs de guerre (une "théorie jurisprudentielle de l'état de guerre"¹²⁹), débouchant dans de nombreux cas sur une forme de présomption d'urgence, du moins dans les faits¹³⁰. C'est-à-dire une sorte de "légalité

122 A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, S., 1947, 3, 42. *Add.* A. MESTRE, *op. cit.*, 1974, pp. 223 à 231 : l'urgence et les circonstances exceptionnelles sont plus généralement des régimes spéciaux utilisés par le Conseil d'État pour accroître les moyens d'action de l'administration.

123 Rem. pourtant le sursis accordé par le Conseil d'État à un étranger sous le coup d'un arrêté d'expulsion parce que la question préjudicielle de nationalité était pendante devant le tribunal correctionnel, visant à établir si le requérant est bien français comme il le prétendait (C.E., Solari, 24 janvier 1908, S., 1910, 3, 48). Avec cette remarque curieuse de R. CHINOT selon lequel l'urgence ne justifiait pas l'emploi de l'exécution directe administrative (*op. cit.*, 1945, pp. 131 à 142). En réalité, l'urgence jouait ici dans l'autre sens car, en toute hypothèse, l'expulsion était clairement autorisée par la loi. Le bon sens, surtout, commandait de décider de la sorte.

124 R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 128, *idr.* Preuve de l'absence de comparaison réelle avec le droit commun (en droit français). P. 129 : "une idée de bon sens".

125 R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 128.

126 M. FRÉJAVILLE, *op. cit.*, J.C.P., 1947, 1, 617, n° 13 : "un principe général incontesté en vertu duquel l'administration peut toujours procéder à l'exécution forcée en cas d'urgence".

127 G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 325, élargissent d'ailleurs l'hypothèse de l'urgence aux circonstances exceptionnelles ou à la nécessité absolue. Il n'est pas toujours facile de les distinguer en jurisprudence.

128 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 343, pp. 486 et 487 et la jurisprudence qui suit.

129 M. HAURIU, S., 1919, 3, 34. L'auteur préfère une théorie de l'imprévision, vraisemblablement moins lâche que l'urgence ou l'état de guerre.

130 Voy. parmi une jurisprudence débordante et très tolérante du Conseil d'État, princ. M. HAURIU, note sous C.E., Delmotte et Senmartin (deux arrêts), 6 août 1915, S., 1916, 3, 9, concl. conf. CORNEILLE évocatrices des vicissitudes de l'état de siège (l'arrêt et les concl. sont également publiés in D., 1916, 3, 1 et R.D.P., 1915, p. 700, note G. JÈZE, mais il concerne la décision militaire - non son exécution d'office - prise en état de siège de fermer un débit de boisson en tant que lieu de réunion, sans procès-verbal; seul M. HAURIU conclut à son exécution d'office, de même que Cass. crim., 20 avril 1916, R.D.P., 1916, p. 407, comm. G. JÈZE et concl. contr. PETITIER); C.E., Dames Dol et Laurent, 28 février 1919, S., 1919, 3, 33, note M. HAURIU : n'est pas censuré un arrêté prévoyant au nom de l'urgence - ou plutôt de la nécessité l'ordre public

de crise¹³¹ dont il reconnaît lui-même qu'elle ne saurait pas être la même en temps de guerre et en temps de paix¹³² (pas même en matière de police¹³³).

Hors période de guerre, une appréciation correcte des forces en présence doit être réalisée, ce qui renvoie à l'une des conditions posées au recours à l'exécution d'office au sens strict.

350. Le risque de l'urgence. Le principal point faible de l'urgence, en termes de garanties, est qu'elle est entièrement tributaire de la jurisprudence, c'est-à-dire de "ce qui est admis" à un moment donné de l'histoire, par un groupe déterminé d'individus¹³⁴, le plus souvent sur le vu de documents¹³⁵.

et l'espionnage) - le dépôt au "violon" des filles publiques par voie disciplinaire, leur expulsion *manu militari* du camp retranché en cas de récidive et la fermeture au public des établissements où des infractions seraient constatées; C.E., Musart, 9 janvier 1920, *Rec.*, p. 12 : ne constitue pas un excès de pouvoir l'expulsion d'un citoyen français suspecté d'être dangereux pour la défense nationale près du front dans la région des armées; C.E., Cotte, 31 octobre 1924, *R.D.P.*, 1924, p. 597, concl. RIVET : destruction non indemnisée de toutes affiches suspectes, sur ordre du préfet, comme mesure de prudence liée à la sécurité nationale, en ce compris pour la destruction des supports pourtant considérée comme superflue par le comm. gouv. (il ne s'agit pas d'un acte de gouvernement); C.E., Magnas, 1^{er} juin 1943, *S.*, 1943, 3, 37, note G. LIET-VEAUX : il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier l'opportunité d'un internement administratif exécuté d'office, dont le requérant n'apporte au demeurant pas la preuve qu'il était fondé sur des motifs inexacts; T.C., Combes et Saphy (deux arrêts), 12 décembre 1955, *A.J.D.A.*, 1956, 2, p. 240 : ne sont pas constitutives de voies de fait, en raison des circonstances exceptionnelles liées à la libération, diverses atteintes aux biens et aux personnes, dont une exécution sommaire ...; T.C., de la Murette, 27 mars 1952, *J.C.P.*, 1952, 2, 7.158, note C. BLAEVOET; *S.*, 1952, 3, 81, note GRAWITZ; *D.*, 1954, 291, note C. EISENMANN soulignant le souci sordide de règles spéciales liées aux circonstances exceptionnelles - mais le juge administratif en a-t-il vraiment l'exclusivité ? - : *idem* concernant un internement administratif pour lequel il était demandé dédommagement devant l'autorité judiciaire; T.C., Mas, 19 juin 1952, *Rec.*, p. 633 (*idem* concernant une exécution sommaire). Rem. par ailleurs que la loi du 8 août 1849 sur l'état de siège permet beaucoup d'entorses aux règles habituelles, et notamment aux autorités militaires de perquisitionner de jour comme de nuit !

¹³¹ J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 109, pp. 150 et 151.

¹³² Expressément : C.E., Musart, 9 janvier 1920, *Rec.*, p. 12. *Add.* C.E., Mouronville, 8 mars 1944, *S.*, 1943, 3, 38 et note : il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier l'opportunité de la réquisition d'un immeuble à destination d'un boucher, réalisée pour les besoins du pays, en l'occurrence le ravitaillement.

¹³³ Un phénomène comparable a en effet été constaté ou suscité en matière de police, au début du vingtième siècle, non sans un certain flottement, et ce même si le principe, sur le plan strictement juridique, n'a jamais été formellement reconnu. Rem. à cet égard M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 477. Voy. O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, pp. 369 à 374 et la jurisprudence citée; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 97 et 98 et la jurisprudence citée; A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *S.*, 1947, 3, 42; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 370, pp. 513 à 515. *Add.* C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (pp. 4 et 5); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 211 à 217; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 130 à 133, sp. p. 132.

¹³⁴ C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 5); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 341, p. 484, ainsi que p. 495, n° 355 : l'urgence est "une notion étroite qui permet néanmoins au juge de valider de nombreuses exécutions forcées en raison de la pression des nécessités de fait".

¹³⁵ C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 5).

Il s'agit d'une notion fuyante¹³⁶ et fluctuante¹³⁷ qui, si elle s'écarte en principe du simple avantage ou de la simple utilité, ne garantit toutefois pas une valeur dérogoratoire limitée à l'indispensable ou à ce qui n'est susceptible de souffrir aucun retard. La fonction jurisprudentielle de l'urgence, comme permettant de déroger aux règles ordinaires, est d'ailleurs souvent exagérée en droit français.

En effet, l'urgence est souvent prévue par les textes. De nombreux textes établissent le privilège de l'exécution forcée d'office pour des motifs liés à une situation d'urgence¹³⁸. De telle manière qu'une dérogation jurisprudentielle en cache souvent une autre, en réalité de nature législative. Il y a, le cas échéant, de l'application du texte lui-même, dont la constitutionnalité peut alors être vérifiée¹³⁹. Tel est le cas en matière de police¹⁴⁰, en particulier.

¹³⁶ R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 130, avec cette réflexion typique de l'auteur qui est parfois difficile à répertorier - mais tellement pertinente en l'occurrence - : "En somme, c'est une notion étroite, mais d'application large, une notion restrictive d'application extensive".

¹³⁷ Comp., d'une part, T.C., Action française, 8 avril 1935, *Rec.*, p. 1227, concl. conf. JOSSE; *D.*, 1935, 3, 25, concl. et note M. WALINE; *S.*, 1935, 3, 76, concl. et note; *R.D.P.*, 1935, p. 309, concl. (saisie d'un journal), et, d'autre part, T.C., Office publicitaire de France, 19 mai 1954, *Rec.*, p. 703; *J.C.P.*, 1954, II, 8.382, obs. J. RIVERO (lacération d'affiches). Les faits sont à peu près analogues, mais sont considérés comme une menace d'une gravité suffisante pour l'ordre public uniquement dans le deuxième cas. J. RIVERO compare les deux hypothèses et conclut à la divergence dans le jugement porté sur les faits. Avec cette considération pleine de bon sens que "Bien rares sont les cas où, compte tenu de la plasticité des formules qu'on vient de rappeler - urgence, circonstances exceptionnelles, "pouvoir de l'administration" - le caractère irrégulier de l'action administrative sera manifeste au point de ne pas autoriser "le moindre doute ..." (X).

¹³⁸ NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 62; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 333, pp. 476 et 477; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 399, 406 (ce qui en réduirait la portée, ce qui n'est pas évident) et 421.

¹³⁹ P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 273, n° 708 : référence est parfois faite à la censure éventuelle du Conseil constitutionnel concernant une loi qui autoriserait l'exécution forcée dans des conditions portant atteinte à une liberté que le législateur doit respecter. Le principe de nécessité a ainsi reçu l'aval, en matière de police des étrangers, de C.C., 9 janvier 1980, 79-109 DC, *R.D.P.*, 1980, 1673, obs. FAVOREU : les mesures d'exécution forcée prévues par la loi ne sont pas contraires à la Constitution dès lors qu'elles ne peuvent être mises en œuvre qu'en cas de nécessité, à l'exception toutefois de l'internement administratif dont il est prévu que le maintien en détention peut durer sept jours sans qu'un juge ait à intervenir alors que la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible - quarante-huit heures; C.C., 13 août 1993, 93-325 DC, cons. 7, *R.F.D.A.*, 1993, p. 871, comm. B. GENEVOIS, "un statut constitutionnel pour les étrangers"; *R.F.D.C.*, 1993, p. 583, note L. FAVOREU (la procédure d'exécution d'office peut être utilisée pour les mesures de police).

¹⁴⁰ L'appréciation de l'urgence donne évidemment des résultats contrastés, principalement selon qu'elle est ou non reconnue comme étant fondée, selon la matière concernée. Ce n'est pas tant la mesure ordonnée qui est condamnée, le plus souvent, mais bien son exécution d'office. En matière de circulation routière : C.E., Rieuinier, 6 février 1914, *Rec.*, p. 155, concl. contr. CORNELLE focalisant l'attention sur l'art. 471, § 15 du Code pénal : légalité de l'enlèvement d'office d'une baraque en planches sur la voie publique, constituant un obstacle à la circulation routière et un danger pour la salubrité publique en arrêtant le libre écoulement des eaux; C.E., German et Audibert, 6 décembre 1929, *Rec.*, p. 1077 : indemnisation pour mise en fourrière d'un véhicule à défaut d'urgence; C.E., Ét. Morillon-Corvol et cie, 7 juillet 1939, *Rec.*, p. 462 : annulation d'un arrêté suspendant tous travaux en ce qu'il prévoit comme sanction l'exécution d'office de travaux de remblaiement et d'assainissement aux frais de la société requérante en dehors de toute habilitation législative et sans aucun péril imminent requis par les textes pour justifier une telle mesure. En matière de réquisition, l'ordonnance du 11 octobre 1945 n'a pas fait disparaître les pouvoirs généraux de police que le maire tient de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 et qui lui permet, en particulier, de prononcer, en cas d'urgence et à titre exceptionnel, la réquisition des locaux nécessaires au logement des familles sans abri lorsque ce défaut de logement est de nature à apporter un trouble grave à l'ordre public : T.C., Martin-Rouilhac, 23 mars 1950, *Rec.*, p. 656 (en plein hiver); T.C., Bourges, 11 décembre 1956, *Gaz. Pal.*, 1957, I, 288 et note attirant l'attention sur la création de l'urgence

L'amalgame est souvent commis, parfois même volontairement. Il a par exemple été soutenu que la plupart des textes se sont bornés à "codifier la notion d'urgence"¹⁴¹. Une considération de ce genre peut être décisive pour le système étudié, car l'exécution d'office serait alors possible même en dehors du cadre de la loi¹⁴².

351. La portée de l'urgence. Il est important de bien mesurer la portée de l'urgence dans le système étudié.

Il n'est pas nécessaire, pour que joue l'urgence, de se trouver à défaut d'une autre voie pour procéder à l'exécution de l'obligation administrative, comme M. HAURIOU a pu l'avancer dans son précis¹⁴³. L'auteur a été vivement contesté sur ce point¹⁴⁴. La condition de l'urgence

par la lenteur administrative négligeante, comme source possible de voie de fait (en plein hiver particulièrement rigoureux, suite à l'évacuation d'un immeuble insalubre); C.E., Werquin, 15 février 1961, *D.*, 1961, 611, note P. WEIL en faveur d'un droit administratif appliqué par le juge administratif et épuré des "survivances du XIX^e siècle" (la voie de fait, "colosse aux pieds d'argile"); *R.D.P.*, 1961, 321, concl. BRAIBANT et A.J.D.A., 161, 1, 332, chron. GALABERT et GENTOT (suite à un arrêté de péril trois jours auparavant). En matière de santé publique : C.E., Société laitière Maggi, 18 janvier 1924, *Rec.*, p. 61; *D.*, 1924, p. 170 et obs. : responsabilité pour l'enlèvement d'office de denrées dont la détérioration ne présentait pas pour la santé publique un danger d'une gravité et d'une urgence suffisantes pour justifier cette mesure prise en vertu de l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 concernant les pouvoirs de police, mais absence de préjudice compte tenu de l'abandon des denrées concernées. En matière de police maritime, l'enlèvement d'épaves échouées peut être exécuté d'office sur le refus du propriétaire en cas d'urgence dans l'intérêt général (C.E., Gilibert, 18 octobre 1933, *Rec.*, p. 930, en vertu des pouvoirs de police d'un décret du 24 mars 1914, l'épave s'étant échouée à proximité d'une écluse) mais, à défaut, il convient de le demander au Conseil de préfecture après avoir statué sur procès-verbal de contravention de grande voirie (C.E., Ministre des travaux publics, 20 mai 1927, *Rec.*, p. 586). *Add.* C.E., Béziers, 10 février 1943, *Rec.*, p. 35 : annulation d'une décision du maire faisant procéder d'office au percement de la dupe qui séparait un étang privé de la mer en l'absence d'un danger grave et imminent, comme requis par les textes. Concernant la police des cimetières : C.E., de Suremain, 19 avril 1907, *Rec.*, p. 345, concl. ROMIEU soulignant l'absence de considération d'urgence et qu'il fallait procéder par voie de procès-verbal : si dans l'intérêt de la salubrité des cimetières le maire pouvait prescrire l'abattage des arbres de haute tige garnissant les concessions des particuliers et mettre les particuliers en demeure de les enlever, aucun texte de loi ne l'autorisait à y procéder d'office sans excéder ses pouvoirs; C.E., Ettori, 26 juin 1937, *Rec.*, p. 628 : en l'absence d'un trouble grave et immédiat causé par des bornes et la clôture établies sur l'ancien cimetière communal, le maire ne pouvait pas prescrire leur enlèvement d'office sans excéder ses pouvoirs liés aux mesures nécessaires pour assurer l'ordre et la libre circulation dans le cimetière.

¹⁴¹ G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 190 (réquisitions, immeubles menaçant ruine, mise en fourrière de véhicules).

¹⁴² P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 274, n° 710.

¹⁴³ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 477. La condition ne figure pas dans sa note sous l'arrêt "Immobilière de Saint-Just". Quant à la valeur dérogatoire de l'urgence par rapport à un texte précis, on a relevé la considération suivante de M. HAURIOU : "S'il y a urgence, les mesures justifiées par l'urgence même sont légitimes tant qu'elles ne se heurtent pas à des textes précis; sinon, elles ne le sont pas" (note sous C.E., Dames Dol et Laurent, 28 février 1919, *S.*, 1919, 3, 33). *Add.* M. HAURIOU, note sous C.E., Delmotte et Senmartin (deux arrêts), 6 août 1915, *S.*, 1916, 3, 9, ici 10. Mais rem. à d'autres endroits, par exemple en note sous C.E., Société française d'industrie chimique, 7 novembre 1913, *S.*, 1916, 3, 1, ici 2 : "Donc, dans les cas d'urgence, il y a cumul des sanctions judiciaires et des sanctions de l'exécution d'office administrative, et l'exécution administrative peut aller jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'au fait".

¹⁴⁴ O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, pp. 397 à 399; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 93, note 27. Dans ce dernier sens : L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 83, p. 66; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, p. 764 : l'urgence vaut pour tous les actes, sans acception de catégories; "elle est susceptible de lever toutes les barrières".

joue pleinement même en présence d'autres moyens. Ainsi, l'urgence permet de "se dispenser" de procédures expressément établies par la loi¹⁴⁵ à condition, vraisemblablement, qu'elles n'aient pas pour objet d'organiser une forme particulière d'urgence.

En revanche, la question reste ouverte de savoir si l'urgence permet de dispenser des conditions posées à l'exécution d'office au sens strict. La doctrine est muette sur ce point. Des décisions attestent que l'urgence peut justifier l'absence d'une décision administrative prévoyant l'exécution d'office immédiate¹⁴⁶ et donc parfois, selon toute vraisemblance, le défaut de mise en demeure assortie d'un délai raisonnable pour s'exécuter¹⁴⁷.

Il reste néanmoins qu'en règle générale, il faut une décision individuelle adéquate¹⁴⁸, manifestant clairement l'intention de procéder à l'exécution d'office et précédant celle-ci. L'exception à la règle étant par définition d'interprétation stricte, il ne faut tolérer l'absence de procédure que lorsque l'urgence le justifie concrètement, ce qui dépend principalement du jeu des circonstances¹⁴⁹.

¹⁴⁵ T.C., Beladji, 4 novembre 1991, *D.*, 1992, IR, p. 34; *R.D.P.*, 1993, p. 564; *J.C.P.*, 1992, IV, p. 24, obs., *a contrario* : constitue une voie de fait la destruction immédiate et d'office d'un véhicule en fourrières en méconnaissance des délais normalement impartis pour réputer son abandon "et en dehors de toute urgence".

¹⁴⁶ Autrement dit sans "décision (formelle) préalable", selon l'ancienne règle administrative de droit français. Rem. JOSSE, concl. conf. préc. T.C., Action française, 8 avril 1935, *D.*, 1935, 3, 25, ici 31 et *R.D.P.*, 1935, p. 309, ici p. 320 : "Peu importe qu'il n'y ait pas eu arrêté en forme interdisant la vente. Ce n'est pas un préalable indispensable à toute mesure de police; il faut tenir compte de l'urgence et du péril immédiat"; T.C., Dusuzau (deux arrêts), 17 juillet 1952, *Rec.*, p. 636 : réquisition notifiée après son exécution en raison de l'urgence à reloger des sinistrés; T.C., Bourges, 11 décembre 1956, *Gaz. Pal.*, 1957, 1, 288 et note : nulle disposition législative ou réglementaire n'impose au maire usant de son pouvoir de réquisition de mettre à profit le temps dont il dispose pour aviser le prestataire avant l'exécution forcée - absence de voie de fait; T.C., Société civile Saint-Domat, 17 décembre 1962, *Rec.*, p. 828 : réquisition militaire d'un appartement sans délivrance d'un arrêté, mais justifiée par des circonstances exceptionnelles. Voy. O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 367; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, pp. 94 et 95 : il y aurait alors "action d'office" et non exécution d'office, à défaut d'avoir désobéi à une injonction. Mais en matière d'ordre public, par exemple, n'y a-t-il pas une obligation de départ consistant dans le comportement requis de ne pas perturber l'ordre public (fût-ce par affichage ou d'une autre manière) ?

¹⁴⁷ Rapp. C.-H. VIGNES, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1960, p. 778.

¹⁴⁸ En sachant que l'imprécision emporte l'interprétation par la juridiction administrative : T.C., Dusuzau (deux arrêts), 17 juillet 1952, *Rec.*, p. 636, concernant l'assiette d'une réquisition limitée au château ou étendue à son domaine. Comp. avec le droit privé de l'exécution et l'importance du libellé de la décision de justice à exécuter.

¹⁴⁹ Comp. C.E., Société laitière Maggi, 18 janvier 1924, *Rec.*, p. 61; *D.*, 1924, p. 170 et obs. (l'absence en ville de tout représentant d'une société a pu empêcher de procéder à la mise en demeure) ou de nombreuses réquisitions effectuées en l'absence du propriétaire ou du locataire, selon le cas, et, en revanche, T.C., Lacouche, 22 juillet 1948, p. 516 (en matière de réquisition de bois sur pied, l'exécution d'office sans réquisition préalable est un agissement qui ne trouve une justification dans aucun texte législatif ou réglementaire : voie de fait). Rem. qu'il ne s'agit plus, ici, de déterminer la compétence juridictionnelle, comme dans de nombreux arrêts cités, mais bien d'évaluer la légalité de l'exécution, ce qui est plus souvent le cas des décisions judiciaires ou des arrêts du Conseil d'État. Il faut prendre conscience qu'une décision du Tribunal des conflits excluant la voie de fait n'emporte pas nécessairement la légalité d'une mesure d'exécution. Ainsi T.C., Jacquier, 22 juillet 1948, *Rec.*, p. 518 : la réquisition militaire était susceptible d'être exécutée d'office en vertu d'une loi de 1877, par conséquent "l'absence de notifications de cet ordre, le défaut d'accomplissement de certaines formalités, à supposer même qu'elles fussent imposées par les règlements en vigueur, et les autres irrégularités invoquées par les époux Jacquier n'ont pu conférer à l'exécution dudit ordre le caractère d'une voie de fait"; il ne peut s'agir que d'éventuelles fautes de service qu'il appartenait à la juridiction administrative de connaître. *Add.* en parallèle T.C., Durdent, 9 décembre 1948, *Rec.*, p. 521 : le simple prolongement d'une réquisition civile avec le même genre

Quant au principe de proportionnalité, il n'est pas exclu par l'urgence, comme en témoigne la doctrine¹⁵⁰ et la jurisprudence¹⁵¹. Mais son respect doit être apprécié en tenant compte d'elle.

En somme, il est donc un peu court de soutenir purement et simplement que "l'urgence remplace, à elle seule, les conditions précédentes : elle autorise toujours l'exécution d'office ou forcée, même sans résistance à vaincre (...)"¹⁵². Ce n'est pas toujours le cas. Et s'il est évident que les conditions de légalité et d'absence de sanction pénale sont par définition intégrées dans les trois hypothèses de départ, les conditions de résistance et de proportionnalité, quant à elles, demeurent d'application, du moins dans la mesure du possible¹⁵³.

4. L'exécution d'office au sens strict

352. L'hypothèse. En "quatrième lieu", à défaut de se trouver dans l'une des premières hypothèses¹⁵⁴, l'exécution forcée ou la contrainte administrative au sens propre suppose la réunion des quatre conditions avancées par ROMIEU, dont les contours ont également été affinés avec le temps. De manière générale, cependant, le sens est resté identique : il s'agit de remédier aux lois imparfaites ou incomplètes, en ce qui concerne leur mode d'exécution, très précisément.

d'erreurs n'est pas constitutif de voie de fait.

¹⁵⁰ J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 95.

¹⁵¹ Rem. T.C., Action française, 8 avril 1935, *Rec.*, p. 1227, concl. conf. JOSSE; *D.*, 1935, 3, 25, concl. et note M. WALINE; *S.*, 1935, 3, 76, concl. et note; *R.D.P.*, 1935, p. 309, concl. : la saisie d'un journal est en principe judiciaire - selon la loi sur la presse du 30 juin 1881 - mais elle peut être administrative et préventive pour des raisons liées à l'ordre public - des risques d'émeute - pour autant que la mesure soit limitée aux nécessités immédiates, dans le temps et dans l'espace, dans les endroits où la vente est de nature à aggraver les désordres, sous peine de voie de fait. En l'occurrence, la vente avait été interdite de manière trop large à Paris et en Banlieue : voie de fait et compétence judiciaire.

¹⁵² J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 94, d'autant que p. 95, les auteurs soutiennent l'application, à l'hypothèse de l'urgence, du principe selon lequel les mesures prises ne doivent pas dépasser le but recherché. *Add.* F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, p. 162 : l'urgence remplace les conditions normales de l'exécution forcée. Rem. aussi CELIER, concl. conf. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *D.*, 1947, 131; *J.C.P.*, 1947, 2, 3.377, et obs. M.F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et *S.*, 1947, 3, 41 et note A. MESTRE) et l'évocation des deux situations exceptionnelles dans lesquelles la jurisprudence admet que l'exécution forcée est légitime même si les quatre conditions "nécessaires et suffisantes" ne sont pas remplies : l'existence d'un texte clair ou le cas d'urgence; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 67 : le juge administratif exige le respect de trois conditions supplémentaires (uniquement) dans cette hypothèse, à savoir celle de l'absence d'autres procédés juridiques. Implicitement ou inconsciemment, selon le cas, la plupart des auteurs organisent leur texte dans ce sens.

¹⁵³ Dans le sens apparent de l'application des conditions à toutes les hypothèses de l'exécution administrative : R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 105 (les conditions de résistance et de juste mesure); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 160, pp. 224 et 225; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 325 (en tout état de cause); C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 273 (impl. : tiret générique).

¹⁵⁴ Rem. toutefois R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1358, p. 1061, pour qui les exigences (très ramassées : la résistance et la limite à ce qui est nécessaire) doivent être respectées dans tous les cas où l'exécution forcée administrative est possible, y compris donc en présence d'une loi ou en cas d'urgence. Un précurseur de la dérogation limitée par rapport au droit commun ? *Add.* ci-dessus, n° 351, en ce qui concerne la valeur dérogatoire de l'urgence.

Autant mentionner d'emblée que rares sont les lois imparfaites¹⁵⁵, qu'elles ne le demeurent que si le législateur néglige de les parfaire, et que, en conséquence, les occasions données aux juges par le législateur d'établir le système de l'exécution d'office au sens strict, ont été peu nombreuses dans l'histoire de France. Elles sont pour l'essentiel au nombre de deux et correspondent à deux événements difficiles survenus durant deux périodes de crise¹⁵⁶ : l'application d'une loi de 1901 déjà mentionnée, relative aux congrégations religieuses¹⁵⁷, et celle d'une loi de réquisition de 1945.

Rien n'empêche cependant le système de connaître de nouvelles applications à l'avenir, en particulier dans les matières qui ne sont pas sanctionnées pénalement¹⁵⁸. Comme rien n'empêche les juges d'interpréter beaucoup plus largement, ou de manière plus restrictive, l'exigence dérogatoire de l'urgence.

Globalement, les conditions correspondent à deux idées : celles de légalité et de nécessité¹⁵⁹. Elles font parfois l'objet de législations spécifiques (en particulier la mise en demeure), ce qui doit retenir l'attention.

353. Une hypothèse de circonstance. Avant d'approfondir les quatre conditions, il est utile de revenir sur le deuxième événement à l'origine de la jurisprudence, non encore abordé jusqu'ici de manière significative (à la différence du premier¹⁶⁰), alors que des éclaircissements sont indispensables et que la circonstance est éclairante¹⁶¹.

¹⁵⁵ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 86; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 361, pp. 500 à 502.

¹⁵⁶ C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 10 : des temps exceptionnels, des périodes de crise); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 361, pp. 500 et 501; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 533, n° 963, impl.; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, p. 560, n° 975, impl., le deuxième événement emportant avec lui le caractère de "curiosité" prêté au phénomène jusque-là.

¹⁵⁷ Mais aussi les articles 2 de la loi du 9 décembre 1905 et 1 de la loi du 2 janvier 1907 interdisant l'occupation gratuite des presbytères communaux par les ministres du culte, face à la trop grande tolérance de nombreux maires. Rem. O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 356.

¹⁵⁸ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, p. 535 : il n'y a aucune raison de cantonner les principes en matière de politique religieuse. Et l'auteur de citer un exemple des plus inquiétants : une obligation de modifier une propriété immobilière non sanctionnée pénalement. Il devrait suffire d'adresser une injonction d'avoir à s'y conformer, à défaut de quoi l'administration exécutera aux frais du récalcitrant. Selon l'auteur, pourtant, pareille solution ne dépourrait pas la propriété ou la liberté de leurs garanties légitimes ... (mise en demeure, recours en annulation ou responsabilité).

¹⁵⁹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 75; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 98. R.-G. SCHWARTZENBERG, quant à lui, privilégie l'idée de nécessité : "À défaut de nécessité, la légalité prévaut immédiatement, sans délai" (*op. cit.*, 1969, sp. pp. 127 et 143). L'appréciation porte plutôt sur l'ensemble du système.

¹⁶⁰ Voy. *supra*, n° 214 et s.

¹⁶¹ Sur le sujet, voy. sp. M. FRÉJAVILLE, "Les réquisitions de logement peuvent-elles être exécutées d'office ?", *op. cit.*, *J.C.P.*, 1947, I, 617 : l'auteur soutient que le législateur a implicitement posé le principe de la réquisition judiciaire face à "certaines administrations" attachées au privilège de l'action d'office leur facilitant une politique de réquisitions expéditives; M. WALINE, "L'exécution forcée des réquisitions pour logement est-elle une voie de fait ?", *R.D.P.*, 1947, pp. 441 à 455 (chronique ou notes de jurisprudence); A. GERVAIS, *R.D.P.*, 1948, pp. 264 à 270 (revue sommaire de jurisprudence, not. sur l'exécution d'office par voie administrative); G. VEDEL, note sous corr. Toulon, 18 mars 1948, *J.C.P.*, 1948, II, 4.299, concernant le contrôle de légalité "sans renvoi et sur tous chefs" dont le juge pénal est investi; M. MIGNON, "La protection juridictionnelle de la liberté du domicile contre l'emprise des prérogatives exceptionnelles de la puissance

En droit français, une ordonnance du 11 octobre 1945, adoptée en période de crise, est venue préciser le régime juridique en matière de réquisition spéciale de locaux d'habitation pour logement d'office de particuliers¹⁶², mais sans prévoir de sanction pénale à l'égard du prestataire qui devait délivrer le local déclaré vacant ou insuffisamment occupé.

Or, le régime des réquisitions était loin d'être simple et des difficultés étaient déjà survenues - que l'ordonnance comptait précisément régler - quant à l'application de la loi du 11 juillet 1938 permettant la réquisition de prestations nécessaires pour assurer les besoins du pays - parmi lesquelles la jurisprudence avait admis le logement des fonctionnaires et de leur famille, mais il ne pouvait le faire pour loger des particuliers sans asile, concernant des intérêts purement privés -.

En effet, une loi du 3 juillet 1877, dont l'objet était de permettre à l'autorité militaire de se procurer les prestations diverses nécessaires à l'approvisionnement de l'armée, contenait, outre des sanctions pénales, une disposition permettant expressément le recours à la force en cas de refus des habitants. Mais tel n'était plus le cas de la loi de 1938, que l'administration s'était cependant ingéniée à vouloir raccrocher à la loi de 1877 pour bénéficier de l'exécution d'office. Le Conseil d'État avait toutefois rejeté le stratagème, notamment par son arrêt "Mathian" déjà mentionné concernant le défaut d'urgence.

Dans l'ordonnance du 11 octobre 1945, des sanctions étaient à nouveau prévues, mais pas pour le prestataire (le réquisitionné) et sans possibilité d'exécution d'office. Non découragée par l'histoire, l'administration a tenté de se l'arroger. Les premières réquisitions ont été réalisées par le préfet ou le commissaire de police pour éviter les tribunaux judiciaires, par expulsion des occupants sans titre.

354. Une première jurisprudence. L'affaire est arrivée devant le Tribunal des conflits qui a qualifié d'abusive et de constitutive de voie de fait l'exécution forcée administrative d'une réquisition dont la légalité est contestée, pratiquée en dehors des circonstances exceptionnelles la justifiant.

Le Tribunal légitimait de la sorte l'intervention du pouvoir judiciaire (vraisemblablement jugée plus efficace), en référé (défense ou expulsion) et en réparation. À son estime, hormis le cas d'urgence et exception faite des réquisitions militaires, il eût fallu appliquer les sanctions pénales prévues dans l'ancienne loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre. Celle-ci n'aurait en effet pas été abrogée sur ce point par la nouvelle ordonnance. Ses dispositions seraient générales et constitueraient, dès lors, une sorte de "droit commun" des réquisitions auquel renverraient les termes "par voie de réquisition" de la nouvelle ordonnance¹⁶³.

publique", *D.*, 1948, chron., pp. 65 à 70; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 361, p. 501; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, pp. 357 à 360, n° 838 à 846 (sous l'angle de la renonciation).

¹⁶² C'est-à-dire dans une matière propice aux abus, puisqu'il s'agit de réquisitions d'usage de logements opérées par l'autorité administrative au profit de particuliers bénéficiaires.

¹⁶³ M. FRÉJAVILLE, obs. sous C.E., Montesquiou-Fezensac, 3 janvier 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3.506; P.L.J., note sous T.C., Perrin, 17 février 1947, *D.*, 1947, 134 (dans l'espèce, il n'y a pas eu d'exécution forcée

Sur le plan théorique, une telle jurisprudence revenait à consacrer la compétence judiciaire pour remédier à toute exécution d'office pratiquée en dehors des hypothèses strictement délimitées par la jurisprudence du Conseil d'État. C'était aussi, pour permettre ce contrôle, distinguer la légalité de l'acte demeurant de la compétence de la juridiction administrative, sauf illégalité flagrante, d'une part, de la légalité de l'exécution d'office, d'autre part, susceptible d'entraîner à elle seule la compétence judiciaire. C'était concilier, autrement dit, protection judiciaire de la propriété privée et séparation des fonctions.

Mais alors que les tribunaux civils étaient quasi unanimes pour établir (aussi) que, sauf urgence, les sanctions pénales de la loi de 1938 étaient le préalable nécessaire de tout recours à la force de la part de l'administration, la Cour de cassation a finalement tranché la controverse au pénal dans le sens opposé, en toute liberté vis-à-vis du Tribunal des conflits. Elle a refusé l'application des peines, au-delà de l'indemnisation du citoyen, au motif qu'en l'absence de renvoi exprès, ces sanctions ont été transposées d'un autre texte très différent par son objet et

car l'occupation administrative a suivi sans interruption l'occupation militaire), également in *J.C.P.*, 1947, II, 3.507, note M. FRÉJAVILLE; *S.*, 1948, 3, 1, note A. MESTRE; T.C., Chenut, 5 juin 1947, *Rec.*, p. 503 : installation avec l'assistance d'un huissier et d'un représentant du commissaire de police, constitutive d'exécution forcée, sans précision d'un autre moyen d'exécution disponible; T.C., dames Bolier, Barrat, Couroux et Bastier (quatre arrêts), 5 juin 1947, *Rec.*, p. 502; *D.*, 1947, 306, note P.-L. J.; *J.C.P.*, 1947, II, 3.702bis, obs. M. FRÉJAVILLE (l'auteur souligne en pratique les obstacles mis par l'administration à l'exécution des décisions judiciaires d'expulsion permettant la rentrée en possession du prestataire; elle évite seulement d'ordonner l'exécution contre un jugement, ce qui est pénalement sanctionné; "Cette paralysie de la justice qu'aggrave encore le coût et la lenteur des procédures finit par réagir sur la mentalité des justiciables") et *S.*, 1948, 3, 1, note A. MESTRE (avec en plus de Perrin et Barinstein : Kahn et Lemeunier, 10 juillet 1947 (deux arrêts, le premier aussi in *Rec.*, p. 506), Dme de Gardonne et Crescent, 24 juillet 1947 (deux arrêts)); T.C., Gérony, 24 juillet 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3.875, obs. G. VEDEL, avec ouverture des portes : voie de fait sans précision d'un autre moyen d'exécution disponible; T.C., Barinstein, 30 octobre 1947, *Rec.*, p. 511; *J.C.P.*, 1947, II, 3.966, obs. M. FRÉJAVILLE pour qui, même en l'absence de sanctions pénales, l'emploi de la force se heurterait à un obstacle pratique qui pourrait devenir redoutable, à savoir l'article 184 du Code pénal édictant des pénalités sévères contre tout fonctionnaire qui se serait introduit dans le domicile d'un citoyen hors les cas prévus par la loi, l'exécution d'office d'une réquisition constituant ainsi une violation de domicile - mais l'argument suppose l'illégalité de l'exécution d'office - (et civ. Seine (réf.), 7 novembre 1947, n° 3.967, obs. M. F.); *D.*, 1947, 3, 476, note P.-L. J.; *R.D.P.*, 1948, p. 86, note M. WALINE; *S.*, 1948, 3, 1 et note A. MESTRE : expulsion *manu militari* avec changement des serrures, sur base d'un décret de 1947 autorisant l'exécution d'office même à défaut d'urgence, malgré l'existence de sanctions pénales trouvées dans la loi de 1938, ce qui était implicitement admis dans les arrêts précédents, pour la première fois explicitement; T.C., Ottavi, 30 octobre 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3.982 et obs. M. F. (FRÉJAVILLE) : exécution par l'entremise de la force publique malgré les sanctions pénales de la loi de 1938; T.C., Hilaire, 18 décembre 1947, *Rec.*, p. 516; *D.*, 1948, 3, 62, note M. FRÉJAVILLE : voie de fait à défaut d'urgence et sur base du décret de 1947, et donc référé en défense au bénéficiaire d'user de la force publique pour entrer dans les lieux, sans mention de sanctions pénales; T.C., Veuve Rulat et Salvan, 18 décembre 1947, *Rec.*, p. 515 : voie de fait que la menace précise d'exécution forcée sur base du décret de 1947, et donc référé en défense de prise de possession, sans mention du défaut d'urgence ni de sanctions pénales existantes; T.C., Société immobilière Bordeaux-Sud et Société des anciens établ. Bing et fils (deux arrêts), 10 février 1949, *Rec.*, p. 587 : réquisition civile sur base de l'ordonnance de 1945 exécutée d'office en l'absence de circonstances exceptionnelles, sans préciser l'existence de sanctions pénales; rem. encore l'acceptation de l'exécution forcée ou d'office imposée par des considérations d'urgence (*supra*) ainsi que la compétence judiciaire pour remédier aux voies de fait parfois commises directement et personnellement par les bénéficiaires des réquisitions pour entrer en possession : T.C., Granet et German, 30 octobre 1945, *J.C.P.*, 1947, II, 3.983, en forçant une fenêtre; T.C., (Morin) Cortesi, 18 décembre 1947, *Rec.*, p. 515; *D.*, 1948, 3, 62, note M. FRÉJAVILLE, en ayant fait changer les serrures en l'absence du locataire.

son champ d'application (la loi de 1938), ce qui est contraire au principe de leur interprétation stricte (il n'y a pas de peine sans loi)¹⁶⁴.

355. Un revirement avec l'arrêt "Dumont". La réaction du Tribunal des conflits ne s'est pas faite attendre. Invité par M. le conseiller PÉPY à retenir le moindre mal entre l'exécution d'office et l'atteinte au sacro-saint principe *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, même au nom de motifs d'intérêt général, le tribunal est revenu sur sa prime jurisprudence, comme il avait été pressenti¹⁶⁵. Il l'a fait avec un arrêt "Dumont" d'autant plus remarqué qu'il a été rendu le lendemain de la cassation (!), qu'il a pris expressément acte de la jurisprudence judiciaire, qu'il a considéré l'administration comme étant privée de tout autre moyen de rendre ses réquisitions efficaces par la carence des tribunaux judiciaires, et qu'il l'a autorisée, en conséquence, à les exécuter elle-même¹⁶⁶.

Le revirement était tellement spectaculaire qu'il n'a pas découragé la jurisprudence civile de continuer un temps à condamner l'administration exécutant d'office, sur base de la voie de fait, voire même à l'autoriser *parfois* à recourir à la force.

164 Cass. crim., 11 mai 1949, *D.*, 1949, 261, note et rapport conseiller PÉPY; *S.*, 1949, I, 129 et note P. de F.-R.; *J.C.P.*, 1949, II, 4.908, obs. M. FRÉJAVILLE.

165 M. WALINE, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1947, p. 455.

166 T.C., Dumont, 12 mai 1949, *Rec.*, p. 596; *S.*, 1949, 3, 45 et note saluant "la constance du raisonnement juridique" du tribunal; *D.*, 1949, 266 et note prônant un organe susceptible d'imposer une interprétation uniforme aux ordres juridictionnels; *J.C.P.*, 1949, II, 4.908, obs. critiques M. FRÉJAVILLE sur un "conflit aigu entre deux juridictions supérieures (qui) nuit gravement à leur autorité respective", obs. éclairant notamment sur les circonstances de l'arrêt (sp. moins d'abus qu'auparavant et le dépôt d'un projet de loi); *R.D.P.*, 1949, p. 371, note favorable M. WALINE proposant une réforme législative permettant au parquet de la Cour de cassation (inexistante au Conseil d'État) de saisir le T.C. d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre les décisions en contradiction avec une jurisprudence établie du Conseil d'État. Le libellé de l'arrêt est évocateur : "Considérant que, par arrêt en date du 11 mai 1949, la Cour de cassation, chambre criminelle, a décidé que les sanctions pénales prévues par l'article 31, alinéa 1^{er} de la loi du 11 juillet 1938, n'étaient pas applicables aux infractions à l'ordonnance du 11 octobre 1945; Considérant qu'à défaut de toute sanction pénale les prescriptions de la dite ordonnance ne peuvent rester lettre morte; que dans ces conditions l'administration a pu légalement procéder (...) à l'exécution forcée de l'ordre de réquisition et que la prise de possession initiale n'a pas été viciée". Comme expliqué en note, *S.*, 1949, 3, 46, "En prenant cette décision, le tribunal des conflits a tenu essentiellement à maintenir sa doctrine traditionnelle sur les principes de l'exécution d'office des actes administratifs et confirmer son célèbre arrêt du 2 décembre 1902". Mais, plus concrètement, l'urgence n'est désormais plus requise pour permettre l'exécution forcée administrative, comme c'était le cas "en croyance" de sanctions pénales (M. WALINE, note, *R.D.P.*, 1949, p. 377). L'arrêt Dumont a fait écrire à G. DUPUIS que le juge s'est refusé à lui-même d'agir, alors que sa part de pouvoir créateur de droit face à des lois imparfaites peut également aller dans ce sens, et pas seulement en faveur de l'extension des prérogatives administratives. "La symétrie est parfaite entre ces deux solutions" (*op. cit.*, T. II, 1962, n° 407, pp. 573 et 574).

Add. T.C., Aubert et Bollack (deux arrêts), 30 juin 1949, *Rec.*, p. 602; T.C., Deschamps et Wymphen, 30 juin 1949, Arnaud et Mathieu, 21 juillet 1929 (deux arrêts), *R.D.P.*, 1950, p. 234 (chron. R. DRAGO); T.C., Gordan, 21 juillet 1949, *Rec.*, p. 610, avec du même jour Mathieu, Boin, Villeneuve, veuve Merle, Consorts Arnaud, Candelou; Sœur Soubigou, Bâle et Créteau (neuf arrêts suppl.); T.C., veuve Aymoz-Payerne, 22 décembre 1949, *Rec.*, p. 615; T.C., Vice-Amiral Fenard, Galle, Profichet, Colas, Grellet et Masson (six arrêts), 22 décembre 1949, *Rec.*, p. 616; T.C., Bitoun et Hervey (deux arrêts), 12 décembre 1955, *A.J.D.A.*, 1956, II, p. 238 et obs. mentionnant l'application d'une jurisprudence constante; T.C., Société des ateliers de wagons de Brignoud, 6 février 1956, *A.J.D.A.*, 1956, 2, p. 240.

Sur le plan des principes, néanmoins, l'arrêt a mis formellement un terme à l'espoir que d'aucuns avaient mis, compte tenu de l'absence de sanction pénale en pratique, dans la naissance d'un principe général selon lequel les décisions administratives, même non assorties de sanctions pénales ou civiles expressément prévues, n'auraient pas pu être ramenées à exécution forcée sans l'autorisation des tribunaux judiciaires - éventuellement en référé, en l'absence de contestation sérieuse - toutes les fois qu'elles portaient une atteinte substantielle au droit de propriété¹⁶⁷.

En effet, l'arrêt a qualifié d'administrative l'exécution forcée de la réquisition. En conséquence, celle-ci a échappé à la compétence judiciaire et elle est revenue à la juridiction administrative, seule habilitée à en vérifier les circonstances. Le contrôle de l'action administrative correspondante est de la sorte passé de l'angle de la voie de fait au contentieux judiciaire (soit le plus souvent en l'absence de privilège, à défaut d'urgence) à celui de l'excès de pouvoir au contentieux de l'annulation (soit principalement la limitation du recours au privilège autorisé en l'absence de sanction judiciaire, les vices dont l'acte pourrait être entaché ne suffisant pas, la plupart du temps, à justifier la compétence judiciaire)¹⁶⁸. L'efficacité de la protection judiciaire, surtout, a disparu dans la foulée¹⁶⁹...

À plus long terme, l'attitude "peu constructive" des tribunaux judiciaires leur aura valu une loi autorisant explicitement l'exécution forcée en matière de réquisition. Mais faut-il préciser que l'hypothèse d'une loi est de loin préférable aux autres¹⁷⁰? Même si l'exécution d'office au sens strict est soumise à quatre conditions.

356. Première condition. L'existence d'un "pivot législatif".

On sait que l'exécution d'office au sens strict permet de remédier à l'absence de tout autre moyen d'exécution dans une loi. Encore faut-il, dès lors, qu'une loi existe et qu'il y ait matière à l'exécuter. L'imperfection de la loi n'est tolérée qu'en aval. Elle ne l'est pas en amont.

L'exigence d'une base légale pour permettre l'action administrative n'est pas nouvelle. Elle ne concerne pas seulement l'exécution des décisions administratives, qui peut parfois se raccrocher à plusieurs textes¹⁷¹.

167 De la sorte : G. VEDEL, obs. sous T.C., Gérony, 24 juillet 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3.875. En réalité, la compétence judiciaire est affirmée par le tribunal parce qu'il y a eu voie de fait. L'auteur persiste néanmoins après coup : G. VEDEL, note sous divers arrêts judiciaires en matière de réquisition pour logement, *J.C.P.*, 1948, II, 4.224; G.V., note sous civ. St-Africq (réf.), 31 mars 1948, *J.C.P.*, 1948, 2, 4.250.

168 Comp. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 56 et n° 75, p. 61 et le rôle de juge du fait parfois tenu par le Tribunal des conflits en la matière.

169 Comp. P. de F.-R., note sous Cass. Crim., 11 mai 1949, *S.*, 1949, I, 129, ici 131 : "Le contrôle préalable du juge pénal disparaît pour ne laisser place qu'au contrôle *a posteriori* du juge de l'excès de pouvoir auquel la règle de l'effet non suspensif des pourvois au Conseil d'État et l'encombrement des rôles de la Haute assemblée enlèvent une grande partie de son efficacité pratique".

170 Dans ce sens : G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 361, pp. 500 et 501.

171 Rem. T.C., Action française, 8 avril 1935, *Rec.*, p. 1227, concl. conf. JOSSE; *D.*, 1935, 3, 25, concl. et note M. WALINE; *S.*, 1935, 3, 76, concl. et note; *R.D.P.*, 1935, p. 309, concl. (à rapp. des arrêts du dix-neuvième siècle, liés à la saisie des manifestes du Comte de Paris) : la saisie d'un journal - l'Action Française -

Certaines bases légales ont au demeurant un large champ d'application, y compris parfois dans le type de mesures qui peuvent être prises eu égard à la matière concernée.

À noter qu'aux lois imparfaites peuvent être ajoutées les lois imprécises, entre l'autorisation expresse - par définition exclue de l'hypothèse - et l'oubli¹⁷². L'objet de la loi doit néanmoins sous-tendre l'exécution administrative, même si le juge administratif ne semble pas se montrer très exigeant sur le degré de précision requis du texte¹⁷³.

La formule consacrée est que l'acte doit être susceptible d'être rattaché à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration. En réalité, la formule est le plus souvent négative, car elle participe du partage de compétence entre les deux ordres de juridiction : l'acte doit être "(manifestement) insusceptible d'être rattaché à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration" pour constituer une voie de fait et emporter la compétence judiciaire¹⁷⁴.

trouve son fondement non dans la loi de 1881 sur la presse, mais dans la loi de 1891 relative au maintien de l'ordre, car des articles du journal sont de nature à augmenter les désordres, sinon conduire à l'émeute. Il s'agit d'un cas d'application légale pure et simple.

172 Tel n'est pas le cas du maintien de l'ordre, même si le degré de précision du texte est très faible et son caractère très général. Rem. à cet égard R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 77.

173 O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 355.

174 Tel est plus généralement le cas d'un pouvoir expressément interdit ou attribué à une autre autorité à laquelle il convient en conséquence de s'adresser (par exemple Muselier *supra*, note 103, en présence d'une action judiciaire : l'arrêt utilise la formule).

Dans le sens de la *voie de fait*, voy. T.C., Montlaur, 24 décembre 1904, *Rec.*, p. 888; D., 1906, 3, 58, notes; S., 1907, 3, 3, concl. conf. ROMIEU : ressortit de la compétence judiciaire la démolition ordonnée et exécutée d'office le lendemain, sur le refus de l'intéressé, d'un mur longeant un ruisseau, et ce *sans pouvoir*, la mesure ne rentrant ni dans la police municipale, ni dans la police des eaux; C.E., Carlier, *Rec.*, p. 490; S., 1950, 3, 49, note R. DRAGO; J.C.P., 1950, II, 5.535, obs. G.V.; R.D.P., 1950, p. 172, note M. WALINE et concl. GAZIER : est constitutive de voie de fait donnant lieu à restitution et dédommagement par le pouvoir judiciaire la saisie administrative de plaques photographiques contenant des vues extérieures d'une cathédrale par des services de police; T.C., Randon, 10 décembre 1956, *Rec.*, p. 592, concl. GUIONIN; S., 1957, 3, 313, concl.; J.C.P., 1958, II, 10.350, concl. et obs.; R.D.P., 1957, p. 883, note M. WALINE; A.J.D.A., 1957, II, 94, chr. FOURRIER et BRAIBANT : est constitutive de voie de fait la saisie sur ordre du préfet visant à immobiliser des affiches à la poste le temps de la période électorale, manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir et même en contradiction avec une prohibition législative expresse, à savoir l'article 187 du Code pénal protégeant une liberté essentielle dans la sécurité des correspondances postales (les concl. indiquent au demeurant, mais sans écho dans l'arrêt, l'absence d'urgence et le fait que le préfet disposait d'autres moyens légaux pour empêcher la diffusion, en l'occurrence une interdiction assortie de sanctions pénales); C.E., Deloffre, 15 mars 1957, R.D.P., 1957, p. 914 : main-forte prêtée par un maire de sa fonction - intimation faite au nom de la loi - pour pénétrer et interdire l'accès à un gérant d'une boulangerie coopérative à la demande des membres de son conseil d'administration; C.E., Guigon, 13 juillet 1966, D., 1969, 669, note F.-G. BERTRAND, rendu sur renvoi T.C., 27 juin 1966, J.C.P., 1967, II, 15.135, concl. LINDON et obs.; A.J.D.A., 1966, 2, 547, obs. A. de LAUBADÈRE : apposition de scellés par des gendarmes sur le logement d'un capitaine en dehors de tout bâtiment militaire, et refus d'y retirer certains objets dont une machine à écrire louée, en exécution d'une décision prise par l'autorité militaire; voie de fait et inexistence déclarée par le Conseil d'État sur une demande en annulation : une voie de fait qui n'est pas de nature à justifier la compétence judiciaire; le T.C. avait expressément fustigé la violation du domicile sans pouvoir et le caractère nul et non avenue des décisions considérées, déclarant qu'il appartient tant à la juridiction administrative qu'à l'autorité judiciaire de constater cette nullité. À noter que l'expression s'est généralisée, notamment en matière de réquisition devant le Tribunal des conflits, une fois intervenu l'arrêt Dumont (*supra*, n° 355, note 166). Rem. T.C., Duro et Trias (deux arrêts), 12 décembre 1955, A.J.D.A., 1956, 2, resp. pp. 238 et 239 (oui).

Dans le sens de l'absence de voie de fait, voy. T.C., 10 décembre 1956, *Rec.*, p. 591 : l'exécution d'office d'une réquisition militaire d'un véhicule n'a pas pu, en raison des dispositions de la loi de 1877, présenter le caractère

Avec le recul, il n'est pas innocent que l'existence d'une "loi-cadre" soit la première condition posée pour tolérer l'exécution d'office au sens strict. Elle sert à déterminer le juge compétent par référence au critère habituel du "cercle normal des attributions de l'autorité". Une fois le caractère administratif de la mesure établi, il reste alors au juge administratif à vérifier le respect des autres conditions, selon les termes du recours introduit.

À noter simplement que le comportement de l'administré au moment de l'exécution peut intervenir dans l'appréciation du caractère administratif de la mesure. C'est le cas lorsque l'exécution est réalisée d'office, mais sans opposition et sans recours à la force¹⁷⁵.

357. Deuxième condition. La résistance.

Dans l'esprit des conclusions de ROMIEU, l'opposition à la loi reçoit une interprétation extensive : une mauvaise volonté caractérisée suffit¹⁷⁶, voire même la simple inexécution volontaire avant l'arrivée de gendarmes¹⁷⁷.

Dans le prolongement de la deuxième condition, le principe (ou la règle générale) a été établi(e) selon le(a)quel(le) l'administré doit avoir été mis en demeure dans un délai raisonnable lui permettant de s'exécuter avant de faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée¹⁷⁸, sous peine

de voie de fait de nature à justifier la compétence de l'autorité judiciaire; T.C., Société industrielle de transports automobiles, 13 juin 1955, *Rec.*, p. 621 : *idem* concernant la réquisition de camions eu égard à la loi de 1947; T.C., Préfet de Police de Paris, 12 mai 1997, J.C.P., 1997, 22.861, rapp. contr. cons. P. SARGOS; D., 1997, I.R., p. 144; R.F.D.A., 1997, p. 514, concl. conf. J. ARRIGHI DE CASANOVA sous le titre "Les limites de la voie de fait (police des étrangers et liberté individuelle)" : interdiction par la force de débarquer et consignation à bord d'un navire par le service administratif de l'immigration de passagers clandestins au lieu de leur placement demandé en zone d'attente, appréciées au regard de la loi habilitant à l'exécution forcée des décisions d'éloignement ou de refus d'entrée - absence de voie de fait et compétence administrative exclusive pour apprécier l'usage d'un pouvoir de manière apparemment illégale. Rem. les concl. conf. J. ARRIGHI DE CASANOVA invitait au besoin les pouvoirs publics à modifier le partage de compétences et étendre la compétence du juge judiciaire en matière de contentieux administratif, et affirmant que la théorie jurisprudentielle de la voie de fait ne peut tenir en échec les principes constitutionnels que si l'action de la puissance publique s'est exercée dans des conditions qui reviennent véritablement à la dénaturer, c'est-à-dire si l'administration a fait usage d'un pouvoir manifestement insusceptible de lui appartenir et porté atteinte à un droit fondamental.

175 T.C., Haulot, 15 mars 1951, *Rec.*, p. 631 : le sieur Haulot ayant primitivement donné son accord quant à l'occupation du terrain dans la pensée que le baraquement qui devait y être édifié lui serait destiné, il n'y a pas eu d'exécution d'office susceptible de constituer une voie de fait; T.C., Société industrielle de transports automobiles, 13 juin 1955, *Rec.*, p. 621 : réquisition de camions et de leurs garages sans opposition, justifiant l'exécution sans voie de fait sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du tribunal compétent pour réprimer les refus d'obtempérer; T.C., Société Parana, 10 novembre 1965, *Rec.*, p. 597 : saisie de tissus sans opposition. Rem. parfois la nuance : l'exécution volontaire en présence d'un commissaire de police assisté d'un huissier, par exemple par la remise contre son gré de clefs dans le cadre d'une réquisition, n'est pas de nature à faire disparaître le caractère d'exécution d'office ou la compétence judiciaire en cas de contestation (T.C., Barthélémy, 9 décembre 1948, *Rec.*, p. 519), mais bien la remise des clefs sans le concours de la force publique (T.C., Durdent, 9 décembre 1948, *Rec.*, p. 521).

176 A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, p. 670, n° 979.

177 C.E., Société immobilière de la Villette, 2 décembre 1902, *Rec.*, p. 724, renseignée "semblable" à l'affaire de Saint-Just.

178 J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, pp. 535 et 539; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 764, p. 527. Sur la simple mise en demeure sans autre décision (menace) et la décision faisant grief (liée à l'intérêt du requérant), voy. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 116 à 123. Rem. T.C., Union

d'être vexatoire. L'occasion doit être donnée, autrement dit, de choisir entre l'exécution volontaire et la résistance. La mise en demeure devient une condition de procédure "préalable"¹⁷⁹ presque toujours nécessaire à l'exécution d'office¹⁸⁰, mais pas pour qu'un délit soit commis¹⁸¹, et il convient de la distinguer de la formalité particulière de la notification¹⁸².

Le principe est cependant loin d'être absolu. Que l'on pense aux nombreuses exécutions d'office intervenues en matière de réquisition, souvent en l'absence des propriétaires ou des locataires¹⁸³, ou encore à l'affaire "Immobilière de Saint-Just" dans laquelle l'arrêté d'évacuation et de pose de scellés, la notification et l'exécution avaient eu lieu le même jour. C'était le lendemain de l'adoption du décret en conseil des ministres prescrivant la fermeture immédiate de l'établissement conformément au décret du 5 novembre 1870. C'est-à-dire le jour même de sa parution dans le *Journal officiel* seulement disponible à Lyon le lendemain de l'expulsion. R. CHINOT écrivait à ce propos, quarante ans plus tard, que l'administration n'avait pas l'habitude d'user d'une telle précipitation¹⁸⁴.

Villeneuve de conserves et produits alimentaires, 22 décembre 1930, *Rec.*, p. 1096 sur conflit négatif, les deux ordres de juridiction s'étant déclarés incompétents : constitue une voie de fait la prise de possession de l'usine par l'intendant militaire sans observation des formalités prévues par la législation sur les réquisitions.

¹⁷⁹ D'ailleurs, la mise en œuvre des prérogatives se réalise en règle par décision unilatérale de les utiliser. Rapp. C.-H. VIGNES, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1960, pp. 778 à 781. Voy. P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 764, p. 526 (l'injonction en matière de police); F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 141, 145 et 150 et s. Rem. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 61, n° 68 : telle serait la signification de la formule renseignée des sommations de police prévenant l'usage de la force. La formule renseignée est celle de l'article 26 de la loi du 3 août 1791 : "Si par les progrès d'un attroupement ou émeute ou pour toute autre cause, l'usage rigoureux de la force devient nécessaire, un officier civil ... se présentera sur le lieu de l'attroupement ou du délit et prononcera à haute voix ces mots : obéissance à la loi; on va faire usage de la force; que les bons citoyens se retirent. La tambour battra un ban avant chaque sommation". Rem. aussi que la technique du délai imposé pour l'exécution volontaire est universelle : on la retrouve dans le dispositif des décisions de justice, y compris devant le Conseil d'État où la formule est de style (L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 65 et par exemple C.E., Mazelier, 8 décembre 1857, *D.*, 1858, 3, 47 et l'enlèvement d'un trottoir illégal dans les 15 jours, lorsqu'il en sera requis par l'administration, faute de quoi il y sera procédé à ses frais).

¹⁸⁰ Dans ce sens : P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 274, n° 711.

¹⁸¹ Comp. en ce qui concerne le bris de scellés : la loi n'exige pas que le délinquant ait reçu une notification quelconque; il suffit qu'il ait agi en pleine connaissance de cause (Cass. crim., 28 novembre 1902 et 2 janvier 1903, Vincendon-Dumoulin et Costa de Beauregard, *S.*, 1904, I, 61 et 63).

¹⁸² En effet, le défaut de notification n'entache pas comme tel d'irrégularité les mesures administratives adoptées. Elle a seulement pour effet de ne pas faire courir le délai du recours en annulation. Voy. not. C.E., Mouronville, 8 mars 1944, *S.*, 1943, 3, 38 et notes. Il faut néanmoins se méfier des formulations. Comp. ainsi avec T.C., Société Camion frères, 25 mars 1957, *Rec.*, p. 815; *R.D.P.*, 1957, p. 953 : est caractéristique de la voie de fait la réquisition d'un logement exécutée d'office sans notification préalable laissant un délai suffisant (dix minutes avant que le maire, ceint de son écharpe, fasse ouvrir les portes du logement par un serrurier requis, dresser un état des lieux par huissier et s'installer une famille sinistrée par un incendie), outre l'absence d'urgence, l'existence d'une sanction pénale et alors que la société prestataire avait mis un logement à la disposition de cette famille.

¹⁸³ Eventuellement sur remise des clefs par le locataire ou le voisinage, par les forces de police et avec huissier pour dresser inventaire.

¹⁸⁴ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 85. Ceci étant, il semble que la mesure était (en règle) (seulement) annoncée par dépêche depuis longtemps (rem. ainsi C.E., Puvis de Chavannes, 25 mars 1904, *Rec.*, p. 266, dépêche informant la directrice d'un délai de fermeture et de retrait sous peine d'y être "contrainte par les voies légales") et que le décret prévoyait lui-même la fermeture immédiate. Dans la foulée, voy. not. T.C., Maussabré, Dugas et Ogier, Perrin et d'Oncieu de la Bâthie (trois arrêts), 6, 13 et 20 décembre 1902, *S.*, 1905, 3, 88 et notes (dans le troisième cas trois jours après et non le lendemain), de même que T.C., Pautra, 6 décembre 1902, *Rec.*, p. 739. Rem. aussi les mises en demeure avant décret de fermeture comme dans C.E., Le Conte, 20 juin 1903,

Tout dépend en définitive des textes (une tentative d'accord amiable est parfois imposée¹⁸⁵), de la matière et surtout des circonstances de l'exécution, les juges n'étant pas toujours explicites quant aux motifs qui emportent leur censure¹⁸⁶ ou encore concernant l'intensité de leur contrôle. Implicitement, les juges insistent souvent sur la circonstance de la mise en demeure ou du refus d'exécution, sauf en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles. Aucun délai de référence n'est toutefois pressenti comme étant la limite du raisonnable¹⁸⁷.

358. Troisième condition. L'absence de toute autre sanction.

On l'a déjà mentionné : la troisième condition fait double emploi avec l'une des hypothèses principales, de telle manière qu'elle est régulièrement omise dans les conditions d'emploi de l'exécution d'office. Il s'agirait néanmoins de la plus importante des quatre conditions¹⁸⁸, pour ceux qui la situent à cet endroit.

Rec., p. 403; *D.*, 1903, 3, 65 et du même jour Drouet de Montgermont ainsi que Lebas et Tourangin : à défaut d'action judiciaire, le préfet a pu mettre en demeure de quitter le presbytère sous peine d'y être contraint par la force (et non d'y être contraint directement); C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, *Rec.*, p. 275, concl. CHARDENET; *S.*, 1909, 3, 51, concl. et note M. HAURIOU in *S.*, 1911, 3, 33 ("l'effet de la loi de 1907 n'était pas d'obliger les curés et desservants à quitter les presbytères de suite, sans mise en demeure"); *R.D.P.*, 1909, p. 696 et note G. JÈZE (répertoire Haillon, du nom du maire) (quatre jours sous peine qu'il soit pourvu d'office à l'expulsion par un officier de police judiciaire); C.E., commune de Dieppe, 9 juillet 1909, *Rec.*, p. 674 et *S.*, 1911, 3, 33, note M. HAURIOU; C.E., commune d'Evillers, 9 juillet 1909, *Rec.*, p. 675 et *S.*, 1911, 3, 33, note M. HAURIOU; C.E., Conseil municipal et commune de Villard-sur-Thônes, 22 avril 1910, *Rec.*, p. 328 et *S.*, 1911, 3, 33, note M. HAURIOU; C.E., commune de Callian, 16 décembre 1910, *Rec.*, p. 976.

¹⁸⁵ Voy. l'article 20 de la loi du 11 juillet 1938 concernant la réquisition de bois et C.E., Patureau-Mirand, 30 juillet 1949, *D.*, 1950, 109 : l'urgence de la réquisition de bois pour la remise en état du réseau ferroviaire ne s'opposait pas en l'espèce, au terme de l'instruction, à l'observation de la prescription.

¹⁸⁶ Rem. à cet égard T.C., (Morin) Cortesi, 18 décembre 1947, *Rec.*, p. 515; *D.*, 1948, 3, 62, note M. FRÉJAVILLE : prise de possession en l'absence du locataire avec changement des serrures, le T.C. concluant que "la prise de possession effectuée dans ces conditions constitue une voie de fait justifiant la compétence de l'autorité judiciaire pour ordonner l'expulsion" (l'occasion de s'exécuter volontairement n'est évidemment pas réellement donnée en l'espèce); et avant cela T.C., Gérony, 24 juillet 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3.875, obs. G. VEDEL : l'exécution effectuée dans les conditions exposées constitue une voie de fait (ouverture des portes en l'absence du prestataire ayant protesté par écrit mais n'ayant pas cru devoir assister aux opérations - une telle attitude ne peut-elle être assimilée à résistance ? -); Cass. comm., 22 mars 1949, *J.C.P.*, 1949, II, 4.909 et obs. M. F. (FRÉJAVILLE), idr, rendu sur Paris (réf.), 15 octobre 1946, *S.*, 1947, 3, 42 : "sans justifier de l'urgence résultant de circonstances exceptionnelles, l'administration a passé à l'exécution forcée d'un ordre de réquisition dans des conditions constitutives d'une voie de fait entraînant la compétence de l'autorité judiciaire", à savoir l'installation du bénéficiaire en l'absence de la locataire alors non informée de l'emploi de cette procédure.

¹⁸⁷ On trouve en jurisprudence des valeurs très variables. Voy. par exemple C.E., Ogier, 11 janvier 1866, *Rec.*, p. 7 et concl. comm. gouv. AUCOC; *D.*, 1866, 3, 81 et concl.; *S.*, 1867, 2, 61 : 10 jours, malgré un texte, mais muet sur ce point. En l'absence de texte : T.C., Montlaur, 24 décembre 1904, *Rec.*, p. 888; *D.*, 1906, 3, 58, notes; *S.*, 1907, 3, 3, concl. conf. ROMIEU (le lendemain, sur le refus opposé); T.C., Chapon, évêque de Nice, 23 mars 1907, *S.*, 1907, 3, 130 et note (dans un délai "déterminé"); T.C., commune de Saint-Just-Chaleyssin et Pelé (deux arrêts), 25 novembre 1963, *Rec.*, p. 795; *J.C.P.*, 1964, II, 13.493, note J.-M. AUBY; *A.J.D.A.*, 1964, 1, pp. 24 et 42, chron. J. FOURRÉ et M. PUYBASSET (resp. un délai réglementaire de quatre mois et une mise en demeure de huit jours); etc.

¹⁸⁸ CELIER, concl. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *D.*, 1947, 131; *J.C.P.*, 1947, 2, 3.377 et obs. M.F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278) ainsi que note A. MESTRE sous l'arrêt, *S.*, 1947, 3, 41.

359. Quatrième condition. La mesure du nécessaire.

Dès le début, M. HAURIUO avait estimé nécessaire de préciser la quatrième condition posée à l'exécution forcée administrative en exigeant non seulement que la mesure d'exécution ne puisse pas dépasser l'objet immédiat de l'opération à réaliser, mais encore qu'elle constitue en soi "un moyen administratif habituel"¹⁸⁹, une procédure administrative normale.

En particulier, M. HAURIUO soulignait que la mesure coercitive, comme il l'appellait en application du privilège de l'exécution d'office, ne pouvait pas être générale¹⁹⁰ et qu'elle ne créait par elle-même qu'une situation provisoire¹⁹¹.

On retrouve la même idée plus tard chez M. HAURIUO (A. HAURIUO)¹⁹², au titre d'une cinquième condition, ou chez d'autres auteurs encore¹⁹³, comme exception au "principe" de

189 M. HAURIUO, *op. cit.*, S., 1904, 3, 17. Un parallèle est fait avec les anciennes procédures extraordinaires en droit pénal, abrogées depuis, avec cet énoncé péremptoire : "Il ne faut pas plus de voie extraordinaire en administration que devant la justice" (18). Selon l'auteur, l'apposition de scellés (dans le cas d'espèce) est, dans la tradition administrative, une voie administrative habituelle ou régulière. Elle est réservée au juge de paix uniquement en matière civile. Ce que confirme l'article 249 du Code pénal relatif au bris de scellés, notamment lorsqu'ils ont été apposés par ordre du Gouvernement. Voy. déjà E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1896, p. 479. Dans le même sens : J. CRUET, *op. cit.*, 1906, pp. 214 et 215 et note 2 : une mesure d'exécution traditionnelle et reconnue par les textes; O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, pp. 404 à 407.

190 J. RIVERO, obs. sous T.C., Office publicitaire de France, 19 mai 1954, J.C.P., 1954, II, 8.382, faisant état de la suspension du Conseil d'État à l'égard de "toute mesure générale".

191 M. HAURIUO, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 474 et 475. Add. J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 160, p. 225. Autrement dit, la mesure ne peut pas conduire à supprimer ou à priver l'administré d'un droit ou d'une liberté.

192 M. HAURIUO (A. HAURIUO), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 320 et 321.

Auparavant, voy. encore M. HAURIUO, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 353 : il y a des mesures d'exécution, soit vis-à-vis des personnes, soit sur les biens, qui sont réservées à l'autorité judiciaire, et qu'en aucun cas l'autorité administrative ne saurait employer (sauf après l'intervention de l'autorité judiciaire); à savoir l'emprisonnement prolongé par mesure de police ou les saisies mobilières ou immobilières suivies de vente. Les mesures d'exécution d'office, en revanche, font figure de voies d'exécution judiciaires, mais elles ne sont pas "réservées"; à savoir certaines expulsions ou des mesures conservatoires telles que les scellés administratifs et les saisies en douanes. Add. M. HAURIUO, note sous C.E., Société française d'industrie chimique, 7 novembre 1913, S., 1916, 3, 1 et le "renvoi formel à l'autorité judiciaire pour certaines mesures d'exécution" (l'arrêt énonce que l'apposition de scellés est une mesure d'exécution qui ne peut être prescrite que par l'autorité judiciaire). De la sorte, M. HAURIUO feint une sorte de rattachement au droit commun, mais très imparfait, notamment parce qu'il focalise trop sur une prétendue nature des choses plutôt que de se référer au droit positif. En réalité, lesdites mesures d'exécution ne sont pas réservées à l'autorité judiciaire et pourraient très bien être conférées par la loi à l'autorité administrative (sous réserve du respect des principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi que des règles liées à la délégation des pouvoirs). En droit belge, en tout cas, seul le pouvoir de trancher les contestations portant sur des droits civils, ou pour une bonne part également politiques, est attribué en propre au pouvoir judiciaire par la Constitution. Tel est au demeurant l'état du droit positif : les mesures provisoires ou conservatoires, le plus souvent prévues par le Code judiciaire à la disposition des parties et des juges, sont dans certains cas permises aux autorités administratives, en vertu de lois spécifiques, voire de la jurisprudence administrative (en droit français) en présence d'une loi imparfaite. À noter que R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 31 et 32, a bien mis en évidence chez M. HAURIUO et R. BONNARD l'étrange paradoxe de cette formule qui revient à faire perdre toute consistance au principe par une exception tellement générale. Car "les mesures d'exécution s'exercent contre les personnes ou contre les biens" "sont les seules qui existent" (p. 32). Aucun autre domaine ne pourrait être réservé à l'emploi direct de la contrainte par l'administration.

193 Voy. T.C., Usannaz-Joris, S., 1891, 3, 32, ici 38, ad : " (...) pratiquer une saisie, ce n'est pas en principe accomplir une œuvre de l'administration, (que) toute saisie éveille l'idée de poursuite et de répression,

l'exécution d'office, à savoir qu'il ne peut s'agir ni d'exécution forcée sur les personnes (sauf dans le cas de troubles dans la rue), ni d'exécution sur l'ensemble des biens du contrevenant, mais seulement de mesures particulières (fermetures et scellés, expulsion d'un local, autre).

En jurisprudence, il faut mentionner le caractère unanimement reconnu des scellés comme un moyen typiquement administratif d'assurer l'exécution d'une loi¹⁹⁴.

(que) le rôle de l'administration est d'agir par des mesures préventives et non par des mesures répressives; (que) l'action répressive n'appartient à l'administration que dans des cas nettement déterminés par la loi (...)". Comp. J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 210 : si le système administratif de l'exécution forcée doit être approuvé, l'administrateur n'est pas entièrement libre dans le choix des moyens d'exécution. Sont de la sorte interdits à l'administration "tous les procédés d'ordre pénal" de même que "les prohibitions prévues par les lois générales" (pénétration de nuit au domicile des particuliers, assignation d'une résidence forcée, "emparement" définitif d'une propriété privée). Le Code judiciaire, en matière d'exécution forcée, ne constitue-t-il pas également une loi générale emportant une série de prohibitions (sp. concernant les saisies) ? Comp. R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 225 : l'exécution forcée administrative dispense d'aller devant le juge pour l'autorisation des voies d'exécution ou pour employer les voies d'exécution; mais l'auteur précise p. 226 que les questions de liberté individuelle et de propriété sont des "questions réservées à la décision des tribunaux judiciaires" et p. 227 que l'administration est privée du privilège de l'exécution d'office, qu'elle "doit avoir obtenu l'autorisation des tribunaux judiciaires lorsque la mesure d'exécution comporte une atteinte à la liberté ou à la propriété des individus", ce qui est évidemment paradoxal. Rem. encore M. FRÉJAVILLE, obs. sous T.C., Dumont, 12 mai 1949, J.C.P., 1949, II, 4.908 : l'auteur tente de faire reculer l'exécution d'office pas moins qu'à partir de la protection pénale de la violation de domicile; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 753, pp. 518 et 519 et le principe selon lequel le pouvoir de police générale ne peut pas supprimer l'exercice d'une liberté de manière absolue et qu'elle est l'*ultima ratio* (à défaut d'autre moyen); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 347, p. 451. Rem. déjà la distinction des moyens administratifs et judiciaires d'exécution emportant une compétence juridictionnelle différente chez E.-V. FOUCART, *op. cit.*, 4^e éd., T. III, 1856, p. 721, n° 1940; A. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 284, pp. 469 et 470; M. BLOCK, *op. cit.*, T. I, 5^e éd., 1905, Exécution parée, exécutoire, p. 1367, n° 4. L. DUGUIT, quant à lui, paraît plus raisonnable in *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1927, § 13, p. 146; T. II, 1928, § 6, pp. 49 et 50 et ici § 23, p. 290: "Quand (ce qui arrive souvent) les opérations matérielles sont des actes d'exécution sur les personnes ou sur les biens, d'un acte administratif ou d'un acte juridictionnel, elles ne peuvent être faites que par les fonctionnaires compétents et suivant certaines formes rigoureusement déterminées par la loi". En définitive, il semble que les auteurs voulaient surtout faire état d'une limite aux privilèges à l'endroit des garanties constitutionnelles liées à la propriété et la liberté individuelle. Voy. à cet égard *infra*, n° 405, concernant la doctrine belge.

194 Certainement depuis ROMIEU, les scellés (temporaires) sont autorisés car ils ont "pour but d'assurer l'exécution de la loi" : C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, *Rec.*, p. 275, concl. CHARDENET; S., 1909, 3, 51, concl. (rem. 52 : la pose de scellés fait partie de l'exécution forcée dans la mesure où elles ne dépassent pas le but à atteindre) et note M. HAURIUO in S., 1911, 3, 33; R.D.P., 1909, p. 696 et note G. JÈZE (répertoire Haillon, du nom du maire); C.E., commune d'Evillers, 9 juillet 1909, *Rec.*, p. 675 et S., 1911, 3, 33, note M. HAURIUO). La pose de scellés est "la suite et le complément" de l'évacuation forcée des locaux. La formule vient de l'arrêt "Immobilière de Saint-Just" pour établir l'absence d'une dépossession de nature à servir de base à une action devant l'autorité judiciaire. Add. T.C., Maussabré, Dugas et Ogier, Perrin et d'Oncieu de la Bâthie (trois arrêts), 6, 13 et 20 décembre 1902, S., 1905, 3, 88 et notes, de même que T.C., Pautra, 6 décembre 1902, *Rec.*, p. 739; C.E., Abbé Grall et L'Heerec, 4 mars 1904, *Rec.*, p. 189; C.E., Humbert-Faure, 25 mars 1904, *Rec.*, p. 264; C.E., de Jerphanion, Servajean, Chambonnière, Dupré et Bourlier d'Ailly (cinq arrêts), 22 avril 1904, *Rec.*, p. 327; C.E., Evêque de Grenoble, 10 juin 1904, *Rec.*, p. 446, avec du même jour de Miribel, Société des forges et usines de Saint-Hippolyte, Vallet et Beaudet; S., 1906, 3, 115, note 5; C.E., Renault, 22 juillet 1904, *Rec.*, p. 638; T.C., Préfet de la Corse du Sud, 21 juin 1993, *Rec.*, p. 402; D., 1994, 37, note P.-P. MUSTARELLI et J.-P. PASTOREL; D.A., 1993, n° 325; R.F.D.A., 1994, p. 181 (la mesure ne dépasse pas un certain seuil). Mais attention : ce n'est le cas qu'en présence d'une loi imparfaite ou en présence d'un texte exprès, sinon elle doit être judiciaire : C.E., Société française d'industrie chimique, 7 novembre 1913, *Rec.*, p. 1055; S., 1916, 3, 1 et note M. HAURIUO; O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, pp. 405 à 407.

360. Une condition générique. Seule l'exigence de la mesure du nécessaire a été retenue en jurisprudence¹⁹⁵, avec toutes les difficultés d'appréciation qu'elle comporte compte tenu, notamment, du laconisme ou de l'imprécision des décisions de justice. Ces dernières recourent à des formules générales telles que la constatation de la voie de fait "dans ces circonstances". De la sorte, elles laissent l'observateur en plan avec l'exposé des faits qui précède.

En effet, l'ensemble du système repose sur l'idée de nécessité, de telle manière que le départ n'est pas toujours facile entre les hypothèses et les conditions d'application. Elles reposent quasi toutes sur une appréciation des circonstances. L'urgence et la mesure du nécessaire, en particulier, sont facilement confondues. Bref, tout est lié, et on a souvent le sentiment qu'un arrêt n'est pas cité au bon endroit par les auteurs. En pratique, les auteurs français sont d'ailleurs rarement unanimes entre eux dans leur classement.

Il doit encore être précisé que le principe du nécessaire n'est pas du tout propre à l'exécution d'office au sens strict¹⁹⁶, ni même à l'exécution d'office y compris lorsqu'elle procède d'un

¹⁹⁵ T.C., Haza, 10 février 1949, *Rec.*, p. 587, et la remise forcée des clefs par le locataire contre le gré du propriétaire ainsi que (surtout) la menace, à défaut d'ouvrir, d'enfoncer la porte de l'immeuble réquisitionné par un camion de la base aérienne, le T.C. concluant que "dans ces conditions" il y a voie de fait; C.E., 18 novembre 1949, *Carlier*, *Rec.*, p. 490; S., 1950, 3, 49, note R. DRAGO faisant partager l'atmosphère; *J.C.P.*, 1950, II, 5.535, obs. G.V.; *R.D.P.*, 1950, p. 172, note M. WALINE et concl. GAZIER : interdiction verbale pure et simple et empêchement de fait constaté par huissier d'accéder à une cathédrale ouverte au public alors qu'il était possible de surveiller une surveillance rapprochée; faute donnant lieu à responsabilité devant le Conseil d'État, douze ans après les faits (l'architecte concerné était en mauvais termes avec l'administration des Beaux-Arts dont il n'approuvait pas la politique architecturale de restauration et le faisait savoir par voie de presse) (l'arrêt, déjà cité pour voie de fait liée à la saisie de plaques photographiques, montre bien la différence notamment juridictionnelle entre la voie de fait et la mesure illégale et fautive susceptible d'être rattachée à la conservation des monuments ou la police des sites - le Tribunal des conflits est appelé à statuer sur ce point, en cas de doute et pour autant que la demande initiale ait été formulée devant le juge judiciaire -); C.E., de Persan, 28 avril 1950, *Rec.*, p. 244 : à défaut de l'abattage d'office d'arbres faisant partie d'un site classé quatre jours après notification d'un ordre de réquisition, les requérants allèguent qu'ils auraient pu livrer des bois provenant d'autres parties de leur domaine et éviter le préjudice subi; "dans les circonstances de l'affaire", le T.C. déclare la voie de fait pour exécution d'office à défaut d'urgence et en présence de sanctions pénales (loi de 1938); T.C., Office publicitaire de France, 19 mai 1954, *Rec.*, p. 703; *J.C.P.*, 1954, II, 8.382, obs. J. RIVERO : lacération d'affiches par voie d'exécution d'office en raison de l'urgence, mais aussi compte tenu d'une menace d'une gravité suffisante pour l'ordre public, eu égard à la nature des affiches litigieuses et aux conditions de temps et de lieu dans lesquelles elles avaient été apposées - balance des intérêts -. Rem. encore M. ROUGEVIN-BAVILLE, concl. préc. C.E., Commune d'Ax-les-Thermes, 20 juin 1980, *R.D.P.*, 1980, p. 1731 et l'évocation de mesures disponibles moins graves que la démolition, tel l'établissement d'une barrière, relayé in *A.J.D.A.*, 1980, I, 527, chron. M.-A. FEFFER et M. PINAULT; T.C., Association Maison des jeunes et de la culture Boris Vian, 4 juillet 1991, *Rec.*, p. 467; *R.D.P.*, resp. 1992, p. 254 et 1993, p. 563; *A.J.D.A.*, 1991, p. 697, chron. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ; *J.C.P.*, 1991, IV, p. 391, obs. M.-C. ROUAULT : ne constitue pas une voie de fait, à défaut d'atteinte à la propriété ou à une liberté fondamentale - le droit de se réunir, mais ailleurs -, l'expulsion (l'enlèvement d'une partie des meubles et objets de l'association) de locaux dépendant du domaine public, mais bien en revanche la destruction des biens mobiliers restants "dans les circonstances de l'espèce et en dehors de toute urgence" (la première partie de la solution est critiquée en présence d'autres voies d'action juridictionnelle : la saisine du juge administratif après l'échec d'une mise en demeure, au besoin en référé en cas d'urgence et en l'absence de contestation sérieuse sur le bien-fondé de l'expulsion; mais pas l'exécution forcée hors une urgence telle que le juge des référés lui-même ne pourrait statuer assez rapidement).

¹⁹⁶ Ainsi, lorsque l'exécution d'office est prévue par un texte exprès : T.C., Préfet de la Haute Corse, 25 janvier 1993, *R.D.P.*, 1993, p. 564; *R.F.D.A.*, 1994, p. 180 (chron. P. TERNEYRE) et l'abattage d'arbres pour lutter contre les incendies - lié au "débourssaillement d'office" au sens du Code forestier - qui, "à le supposer illégal dans les circonstances de l'espèce", ne peut être regardé comme insusceptible de se rattacher à l'exercice

texte exprès¹⁹⁷, pas plus d'ailleurs qu'au droit administratif¹⁹⁸. Au contraire, il participe directement du principe de proportionnalité - l'adéquation des fins aux moyens ou "l'économie des moyens"¹⁹⁹ - que l'on retrouve d'ailleurs également dans la condition de résistance²⁰⁰.

À l'instar de l'urgence, le principe est fort atténué en période de guerre durant laquelle "on ne fait pas toujours dans le détail"²⁰¹.

361. Les sanctions. En théorie, l'exécution forcée réalisée en dehors des hypothèses et des conditions indiquées, est constitutive de voie de fait²⁰² dont la théorie est en quelque sorte "l'envers de la théorie de l'exécution d'office"²⁰³ : l'administration a agi matériellement sans titre²⁰⁴ ou sans droit²⁰⁵.

d'un pouvoir appartenant à l'administration. Tout est lié.

¹⁹⁷ On le rencontre fréquemment dans la matière des interdictions liées aux droits et libertés, en ce qui concerne le contenu même des décisions, indépendamment de l'exécution. La suspicion du Conseil d'État a déjà été mentionnée à l'égard des interdictions générales. *Add. C.E.*, Benjamin, 19 mai 1933, *Rec.*, p. 541; S., 1934, 3, I, concl. M. MICHEL et note A. MESTRE : l'interdiction d'une conférence excède les pouvoirs du maire car l'éventualité des troubles allégués par la venue d'un conférencier ne présente pas un degré de gravité tel que l'ordre ne puisse pas être maintenu en édictant d'autres mesures; C.E., Gaffinel, 21 mars 1947, *Rec.*, p. 121 et l'interdiction générale et absolue de toute inscription sur les murs assortie de l'obligation personnelle et corrélative pour les propriétaires de les effacer, sans base légale et non liée à la sécurité publique. En matière d'exécution : Cass. crim., 6 août 1932, S., 1934, I, 158 et note 1-2 : refuser de cesser de jouer au ballon comme interdit sur une place publique, pour des jeunes gens, n'est pas un fait d'une gravité telle que la force doive être employée pour arriver à ses fins; condamnation de l'agent pour coups et blessures volontaires sans motif légitime; C.E., Gilibert, 18 octobre 1933, *Rec.*, p. 930 : il n'est pas établi qu'en faisant démolir l'épave, l'administration ait abusé de ses pouvoirs.

¹⁹⁸ Une saisie ou une exécution peut également être considérée comme étant vexatoire en droit commun, en particulier si elle dépasse le dispositif en vertu duquel on agit.

¹⁹⁹ C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 7) : il s'agit d'une règle générale de bonne administration; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 98 : "une règle de saine logique"; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 6, n° 34; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 66 : une "idée courante" (en matière de police).

²⁰⁰ Dans ce sens : P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 274, n° 712.

²⁰¹ T.C., Fouilloux, 18 juin 1948, *Rec.*, p. 280 : saisie sur ordre des autorités allemandes de denrées et effets entreposés chez les consorts et vendus à la population de la commune en offrant le produit de la vente aux requérants; mesure assimilée à une réquisition eu égard aux circonstances exceptionnelles; pas de faute de service.

²⁰² En principe, la responsabilité de l'administration est alors tranchée par le juge judiciaire : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 119 et 120; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 500 à 539bis, n° 362 à 384. En règle, l'élément figure dans les précis et donne lieu à l'étude plus approfondie de la voie de fait à un autre endroit que celui consacré au privilège, à partir d'une importante jurisprudence à la hauteur de la large application de la théorie, mais qui dépasse le point de vue plus strict des privilèges. Rem. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19 et note 1 à propos du droit français. Voy. *supra*, n° 267 et s. ainsi que 275.

²⁰³ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 112 et 115. *Add. C. SIRAT*, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 12), avec M. WALINE : l'emploi abusif de la prérogative d'exécution d'office.

²⁰⁴ Le titre dont question est légal au sens large, puisqu'en France il peut être jurisprudentiel, mais il doit être matérialisé par un écrit signé par l'autorité compétente au moins en vertu du pivot législatif (acte ou décision, sommation, autre), sauf urgence ou circonstance particulière.

²⁰⁵ Rem. D. THIERRY, in "La voie de fait aujourd'hui. La jurisprudence Eucat dix ans après : sa portée sur la théorie de la voie de fait", *R.F.D.A.*, 1997, p. 532. L'auteur souligne que la jurisprudence ne permet pas de décaler une constance dans les formules utilisées par le Tribunal des conflits en matière de voie de fait, et donne ainsi l'impression de vouloir se réserver une certaine marge de manœuvre afin d'éviter d'être contraint d'adopter

Encore faut-il toutefois qu'il y ait eu atteinte grave à la propriété privée ou à une liberté fondamentale²⁰⁶, de manière manifestement illégale²⁰⁷, pour justifier la compétence judiciaire. Car les illégalités plus "ordinaires", comme le veut la suite de la formule, ne sont pas susceptibles de justifier la compétence de l'autorité judiciaire pourvu que les mesures adoptées ne soient pas manifestement insusceptibles d'être rattachées à un pouvoir appartenant à l'administration²⁰⁸ et qu'il n'ait pas été procédé à l'exécution d'office dans des conditions elles-

des solutions contraires à sa volonté dans certains cas limites. Comp. G. VEDEL, "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *J.C.P.*, 1950, 1, 851 : une notion fonctionnelle.

206 Le moyen a connu un regain d'intérêt - la voie de fait un recul - à la suite du revirement de jurisprudence imposé au Tribunal des conflits par la Cour de cassation en matière de réquisitions de logement (l'arrêt Dumont de 1949, *supra*, n° 355), comme l'indiquent notamment les arrêts déjà commentés Werquin et Klein de 1961. Rem. C.E., Klein, 8 avril 1961, *Rec.*, p. 216; S., 1961, 3, 249, note J.-P. LASSALE; D., 1961, 3, 587, concl. J.-F. HENRY et note P. WEIL, 611 (avec l'arrêt Werquin); A.J.D.A., 1961, 1, 332 et 341, chron. GALABERT et GENTOT : en poursuivant d'office l'exécution de sa décision, le maire, qui s'est borné à faire cesser l'empiètement et à replacer la clôture à la limite fixée par l'autorité judiciaire compétente à la demande de l'intéressée, n'a porté aucune atteinte soit au droit de propriété de son administré, soit à une liberté fondamentale et n'a, par suite, commis aucune voie de fait; l'exécution d'office en présence de sanctions pénales et sans aucune urgence est donc "simplement" constitutive d'excès de pouvoir. *Add.* C.E., Commune d'Ax-les-Thermes, 20 juin 1980, *Rec.*, p. 281; R.D.P., 1980, p. 1.726, concl. M. ROUGEVIN-BAVILLE soutenant, avec les arrêts Montlaur et Klein, qu'il n'y a pas voie de fait dès lors que l'exécution d'office même irrégulière concerne une installation implantée sur le domaine d'une collectivité publique - la compétence des tribunaux est toujours administrative - ; A.J.D.A., 1980, 1, 527, chron. M.-A. FEFFER et M. PINAULT : destruction d'office - et sans sommation - par des employés municipaux, sur ordre du maire, du socle en béton d'une grue implantée sans autorisation sur le domaine public national - le trottoir d'une route nationale en agglomération - en vue d'une construction sous permis, alors que l'article 97 du Code d'administration communale ne lui confère pas le droit d'agir d'office à l'intérieur de l'agglomération en l'absence d'urgence née d'un péril imminent; aucun droit à indemnité compte tenu de l'occupation irrégulière et illégitime. Rem. encore T.C., Couach, 24 février 1992, *Rec.*, p. 479; A.J.D.A., 1992, p. 327 et 365, chr. C. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ très critiques; *J.C.P.*, resp. 1991, IV, p. 391, obs. M.-C. ROUAULT et 1993, 2, 21.984, note très critique C. LAVIALLE dénonçant la contradiction des jurisprudences administrative et civile : si l'autorité administrative ne peut, sauf urgence ou en application de textes législatifs particuliers l'y habilitant, agir d'office pour prendre ou reprendre possession d'une parcelle du domaine public, sans avoir au préalable obtenu du juge compétent une décision enjoignant à l'occupant de vider les lieux, l'administration qui a usé des voies de droit auprès du juge compétent pour faire cesser l'occupation des terrains qu'elle estimait régulière (contraventions de voirie), n'a pas commis une voie de fait en se croyant en droit de disposer des terrains pour autoriser des forains à s'installer provisoirement sur les lieux et en faisant déposer la barrière qui en interdisait l'accès; le juge de l'action possessoire ne pouvait donc affirmer sa compétence sans que la question préjudicielle de l'appartenance du terrain litigieux au domaine public ait été tranchée par la juridiction administrative.

207 Sans quoi le conflit peut être élevé ou des renvois préjudiciels peuvent intervenir, en cas de problèmes d'interprétation ou d'appréciation, et le référé s'évanouir sous prétexte de la séparation des fonctions.

208 Rem. sur ce point T.C., Préfet de Police de Paris, 12 mai 1997, *J.C.P.*, 1997, 22.861, rapp. contr. cons. P. SARGOS; D., 1997, I.R., p. 144; R.F.D.A., 1997, p. 514, concl. conf. J. ARRIGHI DE CASANOVA relevant que la "voie de fait pour exécution forcée irrégulière" est une formule utilisée lorsque l'administration ne dispose pas du pouvoir d'exécution forcée, mais ne suppose pas la compétence judiciaire pour toute irrégularité, l'occasion étant donnée de "rappeler clairement que la notion de voie de fait doit demeurer d'interprétation stricte" (!) parce qu'elle déroge par la voie jurisprudentielle au principe de valeur constitutionnelle de la séparation des fonctions : "même à (les) supposer illégales" les mesures prises en l'espèce, ce à quoi le comm. gouv. avait conclu avant de s'attacher à déterminer le juge compétent, elles n'étaient pas manifestement insusceptibles d'être rattachées à un pouvoir appartenant à l'administration. Avec cette considération essentielle venant préciser l'incompétence judiciaire à faire obstacle à l'exécution administrative en dehors de la voie de fait : "le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, qui permet de priver les décisions de celle-ci de leur caractère exécutoire, est en effet de même nature que celui consistant à annuler ou à réformer les décisions prises par elle dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, pouvoir dont l'exercice relève de la seule compétence de

mêmes constitutives d'une voie de fait²⁰⁹.

Pour le reste, la voie de fait ne requiert pas un acte matériel d'exécution pour être prononcée. Elle s'étend aux menaces précises d'exécution illégale²¹⁰, c'est-à-dire aux décisions d'exécuter d'office²¹¹ qui annoncent l'intention de passer à une exécution forcée illégale. À l'inverse, l'excès de pouvoir donne lieu à une appréciation d'ensemble par le Conseil d'État, qui va de la décision à l'exécution²¹².

En pratique, la notion de voie de fait et le partage des compétences entre les deux ordres de juridiction ont fortement fluctué à travers le temps, au gré des circonstances. Elle a permis, par le passé, de remédier aux lacunes du contentieux administratif²¹³, mais aussi de tempérer des excès de régime à certains moments clés de l'histoire.

la juridiction administrative". Rem. aussi T.C., veuve Fruchier, 21 juillet 1949, *Rec.*, p. 611 et R.D.P., 1950, p. 235 (chron. R. DRAGO) (réquisition en application de la loi de 1938) : la circonstance de la fausse application des dispositions de la loi et notamment l'illégalité prétendue de la délégation en vertu de laquelle les arrêtés de réquisition ont été signés, n'est pas de nature à conférer le caractère d'une voie de fait à la délivrance de ces ordres administratifs - compétence administrative; T.C., Gordan, 21 juillet 1949, *Rec.*, p. 610, avec du même jour Mathieu, Boin, Villeneuve, veuve Merle, Consorts Arnaud, Candelou; Sœur Soubigou, Bâle et Créteau (neuf arrêtés suppl.) (réquisition en application de l'ordonnance de 1945, exécutée d'office en l'absence de sanctions pénales) : les vices dont l'ordre de réquisition pourrait être entaché ne suffisent pas à justifier la compétence de l'autorité judiciaire dès lors que l'ordre a été émis par application de l'ordonnance du 11 octobre 1945. *Add.* C.E., Agence B.R.A.D., 18 janvier 1946, *Rec.*, p. 20 : formalité omissive n'entachant pas de nullité la réquisition - compétence du Conseil d'État; T.C., Careno, 30 juin 1949, *Rec.*, p. 603, T.C., Société Pedelucq frères et cie, 23 mars 1950, *Rec.*, p. 657, T.C., Société Tissus Perrot et cie, 27 juillet 1950, *Rec.*, p. 669 et T.C., Castex, 19 juin 1952, *Rec.*, p. 633 (réquisition d'une automobile sur base de la loi de 1938 ou de celle de 1877, selon le cas) : absence de voie de fait sans autre considération, si ce n'est dans la première instance où il est précisé que l'exécution a eu lieu sans recours à la force publique. Rem. en revanche T.C., Bailly, 7 décembre 1950, *Rec.*, p. 672 : pillage de marchandises sans avertissement préalable, en l'absence de l'intéressé, hors urgence et sans régularisation ultérieure, insusceptible de se rattacher à l'application de la loi de 1877 - voie de fait.

209 La formule revient très souvent, en particulier en matière de réquisition, comme dans T.C., Hammann et Dutrain (deux arrêtés), 22 juillet 1948, *Rec.*, pp. 516 et 517.

210 G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. II, 1992, p. 144. Une prédominance de la voie de fait pour l'exécution manifestement illégale peut toutefois être relevée.

211 NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 63.

212 Comp. C.E., Anduran, 23 janvier 1925, *Rec.*, p. 82; D., 1925, 3, 43, concl. Josse et S., 1926, 3, 53 et note. L'acte réproché consiste dans l'apposition de scellés dont l'ordre n'a pas été donné autrement que la "fermeture" de la minoterie. Le Conseil d'État censure néanmoins l'excès de pouvoir ayant consisté, selon lui, dans le fait d'ordonner l'apposition de scellés. À noter que l'annulation peut être cantonnée à une mesure d'office sans s'étendre à la décision elle-même (voire l'exécution d'une autre manière). *Add.* C.E., Société française d'industrie chimique, 7 novembre 1913, *Rec.*, p. 1055; S., 1916, 3, 1 et note M. HAURIOU : l'annulation vise l'apposition de scellés mais pas la suspension de production.

213 Le pouvoir d'injonction, lorsque la chose jugée le requiert, procède seulement de la loi du 8 février 1995 (art. 62 et 77) qui a modifié sur ce point, non pas une loi, mais une jurisprudence contraire antérieure. Le juge judiciaire, quant à lui, s'était arrogé de tels pouvoirs depuis longtemps, particulièrement depuis 1948. Le référé administratif est encore aujourd'hui beaucoup trop lourd et par conséquent insuffisamment performant en droit français. La tentation est donc encore grande de se tourner vers le juge le plus efficace. Cela s'inverserait probablement en cas de référé efficace, ne fût-ce que pour éviter le risque de l'incompétence judiciaire.

362. Statu quo en cas de propriété. À noter, pour finir, la liberté très relative des autorités administratives sur le domaine de l'État, y compris en matière de circulation ou de travaux publics²¹⁴. Le titre de propriété ne suffit pas à se dispenser du passage devant le juge avant de recourir à l'exécution unilatérale ou forcée.

De nombreux exemples ont déjà été cités. Ils vont de la mise en fourrière de véhicules au comblement d'excavations uniquement en cas de danger ou d'empêchement pour la circulation, en passant par la restitution forcée en fin de concession d'une parcelle du domaine public non livrée à la circulation et relevant de la compétence exclusive du tribunal de police²¹⁵.

Section 3. L'analyse du système

363. L'objectif. L'analyse du système actuel de l'exécution forcée administrative est nécessaire pour évaluer la pertinence de sa transposition en droit belge à partir de ses limites et caractéristiques. La première caractéristique a déjà été soulignée. Le système trouve sa source dans la jurisprudence administrative française. Sur ce point, déjà, il n'est pas nécessairement compatible avec le droit belge.

Les autres caractéristiques concernent surtout l'hypothèse fondamentale qui sous-tend le système, c'est-à-dire son champ d'application. Elles sont au nombre de trois prémisses que l'on évoque successivement.

D'abord, le système ne concerne pas tous les actes administratifs unilatéraux. Seuls ceux contenant une obligation à charge de l'administré sont intéressés. Et encore faut-il que l'administré refuse de l'exécuter. Tel est le prisme de l'exécution forcée (I).

Ensuite, toutes les obligations administratives n'étaient pas visées au départ. Seules l'étaient les obligations non pécuniaires (II). Avec le recul, l'extension est significative.

²¹⁴ *Add.* en matière de travaux publics T.C., Curé de Réalmont, 4 juillet 1934, S., 1935, 3, 97 et note P. LAROQUE : sont constitutifs de voie de fait l'enlèvement d'office d'une grille entourant l'église et l'installation d'un urinoir à cet endroit, et ce sans désaffectation préalable au service du culte; C.E., Abbé Lhuillier, 26 décembre 1913, S., 1914, 3, 17 et note M. HAURIOU insistant sur le fait que l'annonce de la démolition par la commune de la tour d'une église encore affectée au culte par décret de l'État, mais appartenant à la commune, vise seulement à avertir que la commune elle-même va démolir, l'occupant ne pouvant pas le faire; pas selon la procédure habituelle liée aux immeubles menaçant ruine, mais sur base de la police de la sécurité publique qui, contrairement à ce que soutient M. HAURIOU, permet à la commune d'agir sur la propriété d'autrui (et donc aussi la sienne ou celle d'une autre collectivité) pour autant que le risque déborde sur la voie publique. Sans oublier plus généralement les travaux publics accomplis sans titre ni droit sur les propriétés privées, dont de nombreux exemples sont relatés par C. BLAEVOET in R.D.P., 1929, pp. 52 à 95 ("Des atteintes à la propriété privée à raison des travaux publics"); D., 1937, 1, 17; D., 1938, 1, 87 et 106. Rem. ainsi T.C., Préfet de la Corse ou Trani, 2 juillet 1898, Rec., p. 521 : le tribunal civil est seul compétent pour indemniser l'occupation temporaire de terrains privés en vue de travaux publics; elle est constitutive de voie de fait dès lors qu'elle n'a été précédée d'aucune des formalités préalables prévues par la loi.

²¹⁵ C.E., Revel-Chiraux, 29 avril 1932, Rec., p. 435; D.H., 1932, 322 et obs.; D. P., 1934, 3, 18, note P. DUCLOS.

Finalement, l'exécution forcée dont il s'agit doit être précisée. Elle ne peut pas être conçue de manière étriquée, compte tenu de sa variété. Il faut notamment distinguer l'exécution forcée proprement dite de l'exécution par substitution (III).

Par souci d'économie et d'efficacité, et parce que la doctrine belge s'est contentée de suivre les auteurs français sur ces différents points, il a été choisi d'intégrer les références aux auteurs belges dans la présente section, malgré qu'elle soit placée sous l'égide du droit français.

364. Deux observations. Avant d'aborder les trois caractéristiques relevées, le système de ROMIEU mérite deux observations utiles dans la perspective d'une évaluation en droit belge.

D'abord, et c'est une constante en droit administratif français, le système de l'exécution d'office est fortement imprégné du partage de compétences entre les deux ordres de juridiction. Il s'agit toujours, en premier lieu, de déterminer s'il y a voie de fait ou non, ou si l'administration a agi dans le cercle normal de ses attributions. Une telle approche complique sérieusement la question centrale de l'exécution d'office. Elle devrait disparaître en droit belge où elle n'a pas de raison d'être.

Ensuite et surtout, il faut insister sur l'objet principal des critiques formulées à l'égard du système en doctrine française. Elles ne portent pas sur un pouvoir absolu, clairement inexistant²¹⁶. Elles ne portent pas non plus sur l'hypothèse d'une loi expresse ou sur celle de l'urgence éventuelle, lorsqu'elles autorisent l'exécution d'office. Elles concernent surtout l'exécution d'office au sens strict. C'est-à-dire celle autorisée en l'absence de tout autre moyen pour obtenir la réalisation du prescrit légal.

La véritable question posée en France est donc de savoir s'il faut permettre l'utilisation de la force lorsque la loi demeure inexécutée et s'il n'est pas envisageable, le cas échéant, de passer par le juge²¹⁷ ?

La question doit être élargie en droit belge et porter sur toutes les hypothèses de l'exécution d'office, surtout dans le cadre d'une comparaison avec le droit commun. Le système est en effet divisible. Il fonctionne "par catégories" ou "par tranches"²¹⁸. Il est donc permis de ne retenir que certaines hypothèses, en écartant au besoin les autres.

²¹⁶ Pourtant, les partisans du privilège, comme ses opposants, ont chacun puisé des arguments en faveur de leur conviction dans la théorie de ROMIEU. C'est pourquoi le privilège a continué à occuper une place centrale et souvent démesurée en droit administratif. Voy. par exemple L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 9 : l'administration n'est pas devenue judiciaire; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 93. Pp. 98 et 99, l'auteur insiste sur la valeur tout aussi fondamentale du principe de l'exécution judiciaire par rapport à celle du principe, seulement chronologiquement ultérieur, selon lequel chaque fois que l'exécution judiciaire n'est pas possible, elle doit céder la place à l'exécution forcée.

²¹⁷ Comp. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 402, pp. 564 et 565. La question n'est pas de savoir si, parce que le pouvoir administratif dispose de la force publique, il doit être habilité à l'utiliser.

²¹⁸ C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 28, p. 764. Selon des catégories d'actes, mais aussi de situations (selon une série d'éléments de fait, tels que la résistance).

L'hypothèse de la loi expresse est la plus évidente. Elle reste d'ailleurs la panacée, y compris dans le système jurisprudentiel français²¹⁹. L'exécution d'office au sens strict, en revanche, est moins convaincante. L'éventualité d'une imperfection légale *volontaire* ne peut pas être exclue²²⁰. Et aucun impératif *a priori* ne paraît commander la dispense de l'autorisation du juge. Aussi l'exécution d'office est-elle parfois considérée comme un "pis-aller de régularité"²²¹ (ou de légalité) plus que douteux, comparé aux garanties judiciaires.

I. Le prisme de l'exécution forcée

365. Une hypothèse très limitée. L'analyse du système de l'exécution d'office révèle un profond paradoxe en doctrine française et belge. En effet, l'exécution administrative est toute entière présentée à travers le privilège dans les précis. Il y occupe une place centrale. Pourtant, l'exécution est en principe judiciaire. Et le dispositif jurisprudentiel ne concerne qu'une hypothèse très limitée de l'exécution administrative. Elle peut être formulée comme suit :

"On suppose qu'une norme administrative mette une obligation à la charge d'un particulier. Si celui-ci refuse d'exécuter, l'administration doit-elle demander au juge l'autorisation d'employer la force publique ou peut-elle le faire de sa propre initiative ?"^{222 223}

²¹⁹ Rem. M. HAURIU, note sous C.E., Delmotte et Senmartin (deux arrêts), 6 août 1915, S., 1916, 3, 9, ici 10 : "(...) il vaut mieux invoquer une loi de police ou de sûreté et son caractère d'urgence que d'invoquer le simple état de nécessité résultant de la guerre, car il y a toujours avantage à se mettre sous le couvert de la loi". Le cas échéant, "le principe de la légalité" de l'exécution administrative n'est en effet pas mis en cause (comp. G. JÈZE, note sous les mêmes arrêts, R.D.P., 1915, p. 711) même si la loi est (éventuellement) critiquable.

²²⁰ Rem. F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 974, p. 559 : "mais il est parfois des oublis volontaires" !

²²¹ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 86, 101 et 184, et la critique de M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 100 : il s'agit d'une contrevérité car la régularité est un tout indivisible; elle est ou elle n'est pas.

²²² G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, p. 426, n° 306. Selon l'auteur, le privilège d'exécution forcée comporterait quatre éléments par rapport à cette hypothèse, dont les deux derniers sont toutefois contestables : une norme administrative prescriptive, un refus d'exécution du sujet passif, l'emploi (d'elle-même) de la force par l'administration, et l'impossibilité pour l'administré de suspendre l'exécution même par une procédure juridictionnelle (*ibidem*, n° 330, pp. 472 et 473). Le recours effectif à la force n'est pas toujours nécessaire, ni même prévu, au moment d'exécuter matériellement. Quant à l'objectif du sursis, il n'est pas de paralyser l'exécution forcée administrative lorsqu'elle est légale (en apparence), mais uniquement lorsqu'elle ne paraît pas l'être. L'élément n'est donc pas à sa place dans la "définition" du privilège. Le mécanisme permet de cantonner le privilège juridique dans les limites qui sont les siennes et d'éviter que ne règne un privilège de fait insupportable dans un État de droit. Comp. avec l'hypothèse la plus détaillée de C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 18 et 19, pp. 758 et 759. L'hypothèse est plus ou moins affinée selon les auteurs. Voy. plus généralement C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (pp. 1 et 2); F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 160 à 163; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 52; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 91 et 92; M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, p. 155; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 556, n° 968; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 114 à 117 ou les "limites logiques, naturelles, évidentes", "de bon sens", du champ d'application de l'exécution forcée; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 403; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 147, pp. 206 à 208; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 400 et 401; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, pp. 322 et 323; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 93, n° 98; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 271. Rem. en ce qui concerne plus généralement la substitution administrative : C.-H. VIGNES, *op. cit.*, R.D.P., 1960, pp. 768 à 777.

²²³ En droit belge, les auteurs sont très discrets et se réfèrent en général à l'hypothèse française : P. WIGNY,

L'hypothèse n'est pas très différente de celle formulée par ROMIEU : comment assurer l'exécution matérielle des actes de puissance publique lorsque les citoyens n'obtempèrent pas volontairement au commandement qui est obligatoire pour eux²²⁴ ? Elle se limite au "domaine possible de l'exécution forcée"²²⁵. Certes, elle est générale car elle appréhende le phénomène de l'exécution forcée administrative dans son ensemble. Elle est toutefois limitée car elle ne concerne que l'exécution forcée. Toute l'exécution forcée, mais rien que l'exécution forcée.

Dans ces conditions, il est impératif de modifier l'image artificielle du droit administratif de l'exécution dans les ouvrages généraux^{226 227}, même si le privilège reste "un élément "dimensionnel" de la théorie de l'acte unilatéral"²²⁸. L'expression "régime administratif", à l'instar du privilège, est trop ambitieuse pour désigner un nombre limité de dérogations au droit commun. Certes, ces dernières font en grande partie l'intérêt du droit administratif. Mais il n'est pas nécessaire de renverser les principes pour les étudier²²⁹.

366. Le critère de l'obligation. À travers l'exécution forcée, une série d'éléments précisent l'hypothèse à la base du système de ROMIEU²³⁰. L'exécution forcée suppose en effet l'existence d'une obligation dans le chef de l'administré, à laquelle ce dernier n'obtempère pas, c'est-à-dire résiste.

op. cit., 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, p. 7 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 et 8. Rem. pourtant A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1747 à 1749; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 33, n° 58.

²²⁴ M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 20.

²²⁵ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 92.

²²⁶ Comp. M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, not. p. 8. Pour l'auteur, il faut modifier la présentation traditionnelle. Il faut faire des distinctions selon les situations susceptibles d'être rencontrées pour éviter la généralisation abusive, à l'ensemble de l'action administrative, d'une doctrine à portée limitée (celle de Romieu). L'auteur souhaite en particulier changer d'optique en partant de l'individu plutôt que de l'auteur, selon son implication dans l'action administrative (p. 10). Comme NGUYEN-VAN-BONG, il s'évertue toutefois à vouloir tout appréhender à travers la décision exécutoire ou différents types d'exécution qui compliquent en définitive le raisonnement (et surtout les notions ...), compte tenu de l'immensité de la matière à couvrir. Pourtant, l'objectif n'est pas de rendre compte de toute l'activité administrative, comme par recherche d'une identité. En ce qui concerne les privilèges, le critère retenu est celui de l'intervention du juge. Le mérite de l'auteur est d'avoir souligné le glissement "sans s'en apercevoir" entre la décision (administrative) exécutoire et l'exécution par la voie administrative (pp. 9 et 10).

²²⁷ Même si, pour citer C. EISENMANN, *op. cit.*, T. I, 1982, (année 1952-1953), p. 734, les changements principaux dans un système juridique sont des changements de règles de droit et pas simplement de notions (l'auteur fait surtout référence aux notions de puissance publique et de service public - institutionnel ou fonctionnel).

²²⁸ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 100.

²²⁹ Comp. avec le droit de la responsabilité étudié dans différents secteurs d'activités. Les principes de la responsabilité ne sont pas pour autant renversés. Seule leur application est étudiée, en tenant compte des particularités de l'activité considérée.

²³⁰ Cela dit, l'hypothèse ne peut pas être affinée à l'infini. Il va de soi, par exemple, que n'entrent pas directement en ligne de compte tous les problèmes liés à la validité des actes administratifs, à leur notification ou leur publication, à leur entrée en vigueur, etc. Voy. à cet égard C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 741 et 742, n° 2 et 4.

Ne sont donc pas visés tous les actes unilatéraux²³¹, mais uniquement ceux contenant une obligation à charge de l'administré (qui peut être une administration)²³². Il s'agit d'un "problème limite" qui ne recouvre pas toute la force exécutoire des décisions²³³. Toute relation n'emportant pas l'existence d'une obligation dans le chef d'un administré (ou d'une administration par rapport à une autre) s'inscrit en dehors du sujet. La limite résulte de la première condition posée par la jurisprudence à l'exécution forcée, comme le souligne M. HAURIOU²³⁴.

En conséquence, il faut exclure de l'hypothèse les actes permissifs²³⁵ (par opposition aux actes impératifs²³⁶)²³⁷ conférant des droits ou des facultés à l'exécution desquels l'administré ne sera pas contraint. En même temps, il faut se méfier des apparences. Car un acte permissif, au sens générique du terme, peut très bien contenir des obligations qu'il s'agira pour l'administré de respecter. Tel est le cas du permis de bâtir, pour prendre un exemple confirmé. Un tel acte

231 Pour rappel, le principe consiste dans ce que la loi ne peut pas rester lettre morte. Le système français est donc par nature limité aux obligations contenues dans des actes unilatéraux, ce qui commande aussi les limites de la présente recherche. Voy. M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, p. 11. Comp. J. RIVERO, in *Études offertes à P. Kayser*, *op. cit.*, T. II, 1979, p. 379, suivi par B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, p. 248, n° 17 : la théorie de la décision exécutoire a été élaborée dans la perspective des actes unilatéraux imposant aux particuliers des obligations et des interdictions (ce qui correspond par le passé aux principales tâches de l'administration, liées à la police). À tel point que J. RIVERO ne voit aucune raison logique pour refuser au recours le caractère suspensif en ce qui concerne les actes permissifs (p. 381, contesté sur ce point par B. JADOT qui met en avant la présomption de légalité - n° 22, pp. 248 et 249 - et souligne dans ce cas le détournement de sens de l'expression sursis à exécution - p. 255, n° 48 -). Ce qui revient toutefois à présumer à tort que tel est le régime en droit commun.

232 M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 20; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 2); M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, p. 8.

233 G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 323 : il n'est donc pas contradictoire de dire qu'une décision exécutoire n'est pas nécessairement susceptible d'exécution par la force.

234 M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 477.

235 En droit français : C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 2); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 91 et 92; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 46 à 50; M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 11 et 155; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206, note 4; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 115 et 116; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 147, pp. 220 à 227, n° 157 à 162; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 400; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 323, impl.; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 93, n° 98. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1747 et 1748 (sans préjudice des actes mixtes, les plus courants en pratique); A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 33, n° 57; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265. *Add. Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte exécutoire", col. 538, n° 33.

236 Dès le départ, M. HAURIOU raisonne sur une hypothèse limitée à la décision impérative qui comporte "sommation d'obéir". Dans ce sens précis : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 751 et 752, n° 12 et 13; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 85; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 49. Le système de M. ROMIEU n'est pas construit sur une autre hypothèse, à savoir celle des actes de puissance publique, des injonctions : concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 20. Soit un acte impératif dont l'application se heurte à l'opposition ouverte ou passive des intéressés : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, p. 163; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 46 et 47; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1747 et 1748; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 403; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 370; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 147, p. 208.

237 Comp. J. MASQUELIN, *op. cit.*, J.T., 1953, p. 41 et PORTALIS qu'il cite ("la publication force l'obéissance") : les questions de force obligatoire et de titre exécutoire ne se posent même pas, le cas échéant.

prescrit le plus souvent de façon minutieuse la manière de construire, avec autant d'obligations que de prescriptions. Il en va de même en ce qui concerne le permis de chasse ou de pêche²³⁸.

Dans le même ordre d'idées, il faut exclure les cas exceptionnels où l'exécution se confond avec l'effet juridique produit par l'acte, tels le prononcé d'une sanction disciplinaire comme l'avertissement à l'égard d'un fonctionnaire ou la collation de l'honorariat²³⁹ : aucun acte matériel n'est attendu de la part de l'administré²⁴⁰ pour réaliser la décision, c'est-à-dire mettre en harmonie la réalité concrète avec l'ordre juridique modifié par la décision. Et ce même si le fonctionnaire peut toujours opposer une résistance juridique à la sanction, par l'introduction d'un recours. Il n'est pas en mesure d'opposer une résistance matérielle²⁴¹ à la décision, puisqu'aucune exécution n'est attendue ou requise de lui. Or, ce n'est pas la décision administrative qui est en jeu dans le système, mais son exécution - au besoin forcée - principalement par des voies matérielles.

367. Le critère de l'acte positif. Les auteurs mentionnent souvent qu'un acte positif - en plus d'une obligation - doit être requis de la part de l'administré pour donner lieu, en cas de résistance, à l'exécution forcée ou d'office²⁴².

238 Dans ces deux derniers cas, il faut remarquer que l'exécution par substitution est par nature moins évidente.

239 F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, p. 160; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 91; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206 et note 5, encore que l'auteur prenne l'exemple de la rétrogradation qu'il différencie de l'amende; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 116; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 147, pp. 206 et 207 (*add.* l'affectation de propriétés communales, l'avancement d'échelon); G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 400 (l'abrogation de certains règlements); G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 323, impl. Comp. C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (pp. 1 et 2). Comp. surtout J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, pp. 368 et 369 : lorsque l'exécution des actes de l'administration se résout (souvent) en une simple modification de l'ordonnement juridique, le problème (du privilège) se ramène à celui de savoir si les particuliers ont la possibilité d'édicter des actes unilatéraux.

240 L'administration, de son côté, devra assurer la gestion matérielle de la sanction, telle la tenue du dossier ou la notification de la décision.

241 Ou alors au risque d'enfreindre d'autres obligations, telles que l'obligation de ne pas commettre de violences ou de ne pas porter atteinte à la propriété d'autrui. Rem. néanmoins le peu d'hypothèses concernées, à partir des exemples de J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 347 et 348, pp. 488 et 489, concernant l'exécution de sanctions par l'autorité administration (p. 486, n° 345, l'auteur introduit la notion d'opposition possible de la part de l'administré pour ne pas se soumettre et "contraindre à la contrainte") : l'administré peut lacérer les affiches en cas de sanction morale de la publicité par affichage; l'avocat ou l'architecte peut refuser de remettre des pièces, voire continuer de représenter en justice alors qu'il a été dessaisi d'un dossier; l'administré dont le permis de conduire a été retiré temporairement peut ne pas vouloir le remettre ou continuer à rouler; etc.

242 De la sorte en droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, p. 160; M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 155 (comp. cependant pp. 139 à 142); J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 140, p. 206 et note 5 (comp. cependant une formulation plus souple p. 486, n° 345, à propos de l'exécution de la sanction : le recours à la contrainte est limité aux cas où l'exécution nécessite une soumission de l'intéressé pour être effective ou se prête à une opposition; *add.* les développements et les nombreux exemples cités pp. 488 et 489, n° 347 à 349); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 156, p. 219 : un comportement actif; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 400; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 323, impl.; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 93, n° 98 et la distinction de "plusieurs situations de fait". Comp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 179; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 271. En droit belge : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 33, n° 57 et 58 : l'initiative du recours au juge appartient au particulier; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 15 : très souvent l'exécution

Selon F.-P. BÉNOIT²⁴³, en effet, la seule reconnaissance par le juge de la valeur juridique d'un acte suffit dans les espèces où la réalisation de ces effets n'implique pas une action positive des personnes visées par l'acte. L'auteur mentionne les exemples de la suppression du versement d'une allocation ou d'un traitement²⁴⁴, et du refus d'une autorisation ou d'une indemnité. Lorsqu'une action positive est nécessaire, par contre, il faut distinguer selon qu'il est possible ou non de revenir sur le manquement à l'obligation concernée. Sinon, on aura recours à la sanction pénale ou administrative (en cas d'infraction au code de la route, par exemple). Si oui, en revanche, la sanction adéquate du caractère obligatoire de l'acte sera d'en assurer l'exécution, même contre le gré du particulier récalcitrant (en cas de non-versement d'une somme due à l'administration, ou en cas d'inexécution d'une obligation urbanistique et sanitaire telle que la couverture d'un puits à ciel ouvert en agglomération)²⁴⁵.

F.-P. BÉNOIT fait ainsi partie des auteurs qui, au lieu de considérer froidement le système sous un angle purement technique ou "binaire", ont tenté de le dépasser en s'efforçant d'identifier une correspondance entre le genre de sanctions (respectivement pénale ou administrative, juridictionnelle ou d'office) et le type d'obligations concernées²⁴⁶. En pratique et au besoin, toutefois, les moyens identifiés peuvent être et sont bel et bien mêlés. De plus, le critère de l'action positive est trop simpliste en ce qui concerne l'exécution forcée prise isolément. La réalité est plus complexe. L'interprétation d'un acte peut s'avérer être un exercice périlleux. La notion même d'exécution forcée est d'ailleurs extensible (III).

368. Le critère de l'administré. Néanmoins, il semble qu'en pratique ce soit le point de vue de l'administré qui compte le plus souvent. L'obligation à réaliser doit lui incomber et son exécution volontaire doit requérir un fait personnel consistant, selon les cas, dans une prestation ou une abstention²⁴⁷. Aussi faut-il proscrire du privilège, semble-t-il, les mesures d'exécution qui dépendent entièrement de la volonté de l'administration en tant qu'auteur de l'acte²⁴⁸, parfois mentionnées à tort comme une application^{249 250}.

dépend de la bonne volonté de l'administré; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 34, n° 88.

²⁴³ F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, pp. 550 à 552, n° 955 à 962. Les exemples avancés sont fortement inspirés de M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 353. Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 23, pp. 760 et 761 et la distinction entre les normes réalisables directement et celles simplement sanctionnables ("la sanction prend la place de l'exécution"). L'idée est tirée de la théorie de droit privé des obligations.

²⁴⁴ L'exemple est commenté *infra*, III, n° 374.

²⁴⁵ Comp. J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 141, p. 207 : alors que la voie répressive est toujours concevable, la voie non répressive n'est utilisable que dans les hypothèses où la violation de l'obligation a des incidences matérielles que l'on peut effacer par une condamnation à réparation (judiciaire) ou par une exécution d'office ou forcée (judiciaire ou administrative). À noter que la voie répressive est également présentée comme un privilège par rapport au particulier limité à la voie de la réparation par l'intermédiaire du juge.

²⁴⁶ Comp. J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, pp. 217 à 219, n° 155 et 156. Comp. sur base d'autres critères : L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, p. 65, n° 82 (prévenir, arrêter, contraindre).

²⁴⁷ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 92.

²⁴⁸ En effet, l'administration est souvent administrée par d'autres administrations.

²⁴⁹ En droit français : G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 400; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, p. 93, n° 98. En droit belge (retenue sur traitement, révocation d'un fonctionnaire), rem. cependant F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 106, p. 79 : il inclut l'exécution

En même temps, il faut bien différencier cette hypothèse de celle où la seule manière d'exécuter la décision est, pour certaines obligations, de se substituer à l'administré, le plus souvent sur ses biens. Le cas échéant, en effet, l'exécution dépend d'une certaine manière de l'administration. Mais alors seulement pour vaincre la résistance de l'administré.

Ceci étant, il faut bien être conscient que la définition du privilège, pour être pertinente, doit également procéder par la négative, c'est-à-dire par l'identification de comportements administratifs illicites. Or, précisément, il appert que, dans certaines situations, l'administration peut être tentée d'abuser de sa position en ne donnant pas à l'administré l'occasion de s'exécuter volontairement (et donc aussi de résister ou contester).

On y reviendra ci-dessous en ce qui concerne les retenues d'office ou les compensations d'office sur traitement (III). D'ores et déjà, néanmoins, il peut être remarqué que le comportement illicite de l'administration consistera souvent dans une exécution matérielle (une action) illégale. C'est tout le problème de l'atteinte aux biens ou à la personne d'autrui, dont la portée est très générale.

369. Le critère de la résistance. Non seulement l'obligation doit incomber à l'administré, mais également la résistance qui y est opposée et qui doit pouvoir être vaincue.

La résistance est le plus souvent induite de l'inexécution de l'obligation - la "non-obéissance" multiforme²⁵¹ -, mais elle est parfois liée à une contestation, d'ailleurs préférée par certains auteurs à la résistance²⁵².

juridique dans le privilège de l'action d'office. Voy. aussi M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 15, pour qui, sous le titre du privilège de l'exécution d'office - ce qui peut prêter à confusion (le "privilège en question" étant mis en question) -, il n'était pas contesté naguère que l'administration était autorisée à passer à l'exécution matérielle de ses décisions lorsque les mesures d'exécution dépendaient de sa seule volonté et même si elles faisaient grief à autrui. L'auteur cite alors l'exemple de la révocation d'un fonctionnaire. Il précise aussi que la jurisprudence judiciaire commencerait à ébranler cette certitude en cas de contestation ou d'abus de droit. Des comportements comme la retenue sur traitement sont de la sorte assimilés à de l'exécution forcée, ou en tout cas non volontaire. Dans la foulée de M.-A. FLAMME, voy. I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 34, n° 87. Ils mentionnent expressément que le privilège de l'exécution d'office ne serait plus valable lorsque les décisions sont contestées ou procèdent d'un abus de droit.

²⁵⁰ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 91, note 23, et p. 92 : l'auteur prête cette conception de l'exécution d'office aux écrits de J. RIVERO et C. SIRAT, en précisant toutefois que, de toutes manières, il ne peut être question d'exécution forcée dans cette hypothèse, même si l'administration est en mesure de prendre d'office les mesures que l'exécution implique. *Add.* R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 115.

²⁵¹ C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 759, n° 19. L'auteur insiste sur l'élément de contrainte en configurant l'hypothèse de telle manière à inclure dans la résistance le fait de ne pas se prêter de bon gré à l'exécution par l'administration, de l'entraver (sinon il n'y a pas de problème immédiat). Pourtant, l'exécution sans entrave (ou même sans possibilité d'entrave) peut parfois être assimilée à de l'exécution "forcée" ou de la "contrainte". Voy. ci-dessous, III, n° 373 et s.

²⁵² La plupart du temps, la résistance s'accompagne de la contestation de la légalité de l'action administrative. Mais la simple contestation ne permet comme telle ni l'exécution forcée (en particulier lorsque l'administré conteste tout en s'exécutant volontairement) ni de la refuser, au risque de rendre le procédé illusoire (dans ce dernier sens : NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 66).

Il s'agit d'une condition directement posée par ROMIEU dans son système. Elle est donc étudiée à cet endroit. Elle est par contre absente chez M. HAURIOU²⁵³ et explique peut-être l'envolée de sa théorie.

II. Le socle des obligations non pécuniaires

370. L'hypothèse de départ. Il s'agit de la deuxième prémisse fondamentale du système de ROMIEU. Ce dernier a été conçu à l'origine pour des obligations non pécuniaires, à savoir "des obligations de faire ou de ne pas faire, des défenses, des injonctions"²⁵⁴. *A priori*, les obligations de sommes - ou obligations pécuniaires - en étaient donc exclues.

Au départ, l'élément passe relativement inaperçu en doctrine, dans les monographies comme dans les précis. Seul J. BARTHÉLEMY considère que les obligations concernées par le système sont le plus souvent des obligations de ne pas faire ou de subir dans le "droit public moderne"²⁵⁵.

Rapidement, d'ailleurs, les auteurs y ont intégré les obligations pécuniaires. Ils ont répondu de la sorte au souci constant de concevoir l'exécution administrative de manière globale et privilégiée par rapport au droit commun (une théorie d'ensemble). Mais ils ont favorisé, par là, une conception générale du privilège.

371. Une extension logique. Néanmoins, le rapprochement n'était pas illogique. Le privilège concerne en effet la dispense de l'autorisation du juge pour recourir à la force. Il relève de la puissance publique. Or, "traditionnellement", le recouvrement des impôts est considéré comme une des activités de puissance publique par excellence. Et cette activité emporte surtout la faculté, pour l'administration, de se délivrer un titre exécutoire à elle-même. Autrement dit : la

²⁵³ On la retrouve chez M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 320 et 321, mais pas dans les versions antérieures.

²⁵⁴ M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 20. En aval de ROMIEU, l'article de J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, est consacré aux obligations de faire et de ne pas faire (mais sans arguer d'une différence sur le plan des principes avec les obligations de sommes, parfois même assimilées, en particulier dans le principe de l'exécution directe sans "vérification juridictionnelle de la créance préalablement à son exécution"; ainsi l'exemple des arrêtés de débit, p. 531). *Add.* NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 51. Comp. J. BRETHER de La GRESSAYE, in *Études offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 305 : l'administration bénéficie du "privilège du préalable et de l'exécution d'office", décerne des contraintes contre ses débiteurs, etc. En clair, l'administré a fait quelque chose qu'il ne pouvait pas faire, il n'a pas fait quelque chose qu'il devait faire, ou il n'a pas donné ce qu'il devait donner.

²⁵⁵ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, pp. 518 et 519, ceci à la suite de la professionnalisation des services publics. Il reste néanmoins une série d'obligations de faire, dont l'auteur donne quelques exemples - il renonce à le faire à propos des obligations foisonnantes de ne pas faire - : l'obligation de faire sur sa propriété les modifications exigées par la salubrité ou la sécurité publique, en particulier, mais aussi faire la chaîne en cas d'incendie, circuler sur les injonctions de la police, déclarer à la douane les objets passibles de droits, déclarer les maladies contagieuses, nettoyer les rues et passages, assister toute personne en danger. Plusieurs de ces obligations figurent dans le Code pénal.

faculté de procéder au recouvrement forcé des sommes réclamées sans passer préalablement par le juge, à défaut pour le contribuable d'en avoir honoré le montant.

Mais alors pourquoi avoir établi une telle limite à l'origine ? Inconsciemment peut-être, l'exécution par soi-même paraissant plus "directe" que de passer par la saisie-exécution. Ou alors plus simplement parce que, concrètement, le problème s'est présenté de la sorte.

Avec le recul, le système était vraisemblablement conçu pour remédier aux lacunes éventuelles de la loi en matière administrative²⁵⁶. Or, tel n'a jamais été le cas en ce qui concerne les obligations pécuniaires en faveur de l'État. La matière a toujours été réglementée avec le plus grand soin et le plus grand détail.

372. Une place limitée. Aussi la place des obligations pécuniaires dans le système de l'exécution d'office est-elle très limitée. Elle concerne uniquement l'hypothèse d'une loi organisant de manière expresse l'exécution d'office. Cela la met hors jeu de l'exécution d'office au sens strict. Or, tel était précisément l'enjeu du système de ROMIEU au départ.

Néanmoins, le droit fiscal a rapidement figuré au cœur du privilège en doctrine²⁵⁷. Il a même fini par l'incarner²⁵⁸ lorsque les auteurs n'ont pas créé un privilège distinct ou sur mesure²⁵⁹.

²⁵⁶ Comp. avec le constat opéré *infra*, chapitre 2, n° 536 et s.

²⁵⁷ Plus généralement les obligations de sommes privilégiées sur ce point. Déjà parmi les exemples de M. HAURIOU figurent les "privilèges financiers" : *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 351, 7°; M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 233. Rem. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 765 à 774, n° 31 à 46, sp. n° 31, p. 766 : il serait "scientifiquement inadmissible" de faire autrement. *Add.* en droit français R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, not. p. 51; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 44, p. 73; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 453 à 475, n° 317 à 330 : l'arrêté de débit et l'état exécutoire, exemples du privilège légal d'exécution forcée et survivance d'une conception de l'autorité en tant que "ministre-juge"; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 557, n° 970 et le domaine d'élection de l'action d'office en matière fiscale; F. SATCHIVI, *op. cit.*, L.P.A., 7 septembre 1990, p. 21 : l'arrêté de débit, l'exemple type. *Add.* C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, pp. 60 et 61, n° 54 et 60 à 67 : l'état exécutoire, une application du privilège légalement autorisé, "Le plus caractéristique des procédés d'autorité de l'administration". Comp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 179, 183 et 184 (sous le privilège du préalable); J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 92, pas directement au cœur de l'exposé, mais plus loin où la faculté de recouvrer leurs créances en émettant des états exécutoires est présentée comme un privilège par excellence de la puissance publique : "à la différence des personnes privées, elles n'ont pas besoin de saisir les tribunaux pour contraindre leurs débiteurs récalcitrants". En droit belge : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161, impl. sous le privilège du préalable; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 320 : les impôts et les contraintes; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 et 140; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 239, pp. 477 à 485 : le titre exécutoire en matière fiscale; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 16 : la contrainte; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, p. 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, p. 8 : la contrainte; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99 : la contrainte; K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, n° 6, p. 293. Rem. déjà C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. V, 1838, "Contrainte", p. 408 (la contrainte est une "voie d'exécution"), ainsi que T. VII, 1846, "Exécution", p. 158 (impl.) et surtout pp. 162 à 164 (nuance); J.-H.-N. DE FOOT, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 370, note 1. En jurisprudence, les privilèges sont très souvent associés aux obligations pécuniaires (fiscales ou liées aux fonctionnaires).

²⁵⁸ Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 41, p. 770 : on aurait pu penser que les décisions fiscales, "manifestation éminente de l'*imperium*", seraient "le paradis des fameux 'privilèges'" ; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 140 : "un champ particulier d'application dans la matière du recouvrement de

En soi, le système n'avait pourtant pas besoin d'être étendu. Mais l'éventail des mesures attribuées au privilège n'en est que plus impressionnant.

En ce qui concerne la distinction entre les obligations pécuniaires ou non pécuniaires, il faudra vérifier, au chapitre 2, si elle est en phase avec la distinction de deux privilèges à propos de l'exécution forcée administrative. Il est en effet possible que les unes ne bénéficient que du premier privilège, et les autres des deux privilèges.

III. Une exécution forcée étendue

373. Une notion fuyante et complexe. La troisième prémisse du système de l'exécution d'office concerne l'étendue de l'exécution forcée concernée. La question n'est pas facile, y compris en droit privé. Elle revient à se demander où commence réellement l'exécution forcée et, par conséquent, où se termine l'exécution non forcée.

La notion n'est pas homogène²⁶⁰. Elle est fuyante. Elle ne peut donc pas être conçue d'une manière étiquée. Il faut faire preuve de pragmatisme à son égard, de même que d'une extrême prudence.

En pratique, déjà le lien obligationnel, à la source de l'exécution forcée, peut être très complexe. Différentes obligations de différentes natures peuvent se juxtaposer ou s'entremêler. La réalité présente une gamme impressionnante d'obligations, mais aussi d'interprétations. À tel point qu'il est inutile de croire qu'avec des mots, on va pouvoir embrasser toute la réalité.

Il n'est pas abusif de parler de l'irréductible ambiguïté du phénomène de l'exécution forcée. Il s'agit d'une notion exclusivement orientée vers des fins pratiques. Par conséquent, elle ne peut pas être comprise autrement que située dans un contexte réel²⁶¹. Aussi a-t-il été choisi d'illustrer abondamment la matière et d'approcher le phénomène et les privilèges à travers différentes observations.

certaines créances". Voy. aussi la note précédente. À noter que, par le passé, la contrainte par corps était organisée pour le recouvrement des amendes ou pour pallier à l'insolvabilité.

259 Comp. ainsi M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 204 à 206 : des procédures spéciales et distinctes de l'exécution forcée; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 293, n° 693, à propos du privilège de la décision exécutoire : en matière pécuniaire ou financière, on parle alors de "privilèges de recouvrement des créances"; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 1, et pp. 6 à 11, n°s 36 à 95 : les privilèges de recouvrement des créances publiques; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 641, pp. 422 à 426, au rang de(s) pouvoirs corollaires au pouvoir général d'agir unilatéralement.

260 M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 90, concernant la notion administrative d'exécution forcée ou d'office.

261 Comp. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 135, à propos de la décision faisant grief, notion spécifiquement contentieuse.

Cela peut paraître étonnant, mais serrer de près la réalité²⁶² revient, en matière d'exécution, à lui laisser un espace suffisant lui permettant de se déployer. *A fortiori*, la même conduite doit être adoptée en ce qui concerne le privilège, puisqu'il lui est directement et intimement lié.

374. Un exemple de complexité. Un exemple permet de mieux se représenter la complexité de la matière. Soit une obligation de somme, qui peut déjà s'analyser, selon les cas, en une obligation pécuniaire ou en une obligation de payer, c'est-à-dire de faire.

Lorsque la somme à payer relève du droit du travail et consiste dans un salaire, l'absence de paiement ou la retenue sur salaire peut être considérée non seulement comme l'inexécution du contrat (ou d'une obligation statutaire), voire comme une infraction pénale établie spécialement, mais aussi comme une saisie au sens de l'article 1409, § 1^{er} du Code judiciaire²⁶³, éventuellement pratiquée sans titre valable ou sans droit - car sans l'accord préalable du juge^{264 265}.

Il n'est pas rare de voir un tel comportement qualifié de voie de fait, surtout lorsque l'administration est à son origine. Mais l'important est que le comportement soit assimilé à de l'exécution forcée en jurisprudence²⁶⁶ alors qu'il est procédé, dans ce cas, sans recourir à la

262 C. EISENMANN, quant à lui, reproche à la théorie classique de ne pas serrer et préciser suffisamment (*op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 23, p. 761). Mais il vise le principe supposé dominant selon lequel l'exécution d'office est la règle.

263 Des règles spéciales sont en effet prévues par le Code judiciaire à cet égard. Il s'agit des articles 1409 et 1410 du Code judiciaire. Ils ont permis à la jurisprudence de formaliser le lien entre un tel comportement et les règles en matière de saisies (d'exécution forcée au sens large). Rem. en sens contraire dans le passé : L. MOUREAU, *op. cit.*, 2^e éd., 1946, n° 169, p. 144. Add. l'art. 23 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, dont l'alinéa 1^{er}, évoque les retenues effectuées en application de la législation relative à la sécurité sociale. Ces dispositions relatives à la protection des rémunérations sont d'ordre public. Elles sont considérées comme étant applicables y compris dans les relations statutaires, à défaut d'une loi contraire (non discriminatoire).

264 Ou sans l'accord du fonctionnaire concerné, si le montant retenu est inférieur aux limites imposées par le Code judiciaire. Le refus du fonctionnaire s'apparente en l'espèce à une forme de résistance liée à une obligation indéterminée, la plus vraisemblable étant en l'occurrence la restitution de l'indu, peu importe pour quelle raison.

265 Comp. en droit français C.E., Larose, 21 novembre 1913, S., 1915, 3, 25, note M. HAURIOU : le recouvrement de sommes estimées dues ne peut pas s'effectuer par voie de retenue sur le traitement d'un fonctionnaire, constitutive de faute, mais il doit l'être par voie d'un arrêté de débit, car "le privilège de l'administration ne consiste pas à employer de but en blanc une voie d'exécution, mais bien à prendre une décision exécutoire, laquelle sans doute pourra être suivie de voie d'exécution, s'il n'est pas fait opposition, mais qui permet la discussion contentieuse avant toute exécution" (!).

266 Ainsi les cas de retenues ou de compensations d'office : J.P. Huy, 26 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 98, obs. J.-M. DERMAGNE, "Mécanisme "adéquat" de récupération d'un salaire indu" : les retenues sur salaire opérées d'office pour obtenir le remboursement d'un paiement indu constituent une voie d'exécution, certes usuelle, mais illégale de l'administration qui, de la sorte, fait application d'une procédure tirée d'une jurisprudence administrative qui, sous le couvert ou le prétexte de la compensation, lui confère l'avantage de se faire justice à elle-même de manière sommaire, efficace et rapide; J.P. Liège, 16 mai 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 101, obs. J.-M. DERMAGNE, "Heurs et malheurs des enseignants trop payés" : pareille retenue est dénoncée comme étant illégalement effectuée sans titre exécutoire, et est assimilée par l'auteur à une "saisie-arrêt entre ses propres mains" doublement illégale puisqu'elle est effectuée sans titre exécutoire et ne respecte pas la quotité saisissable limitée en matière de salaires (prévues par la loi du 12 avril 1965 sur la protection des salaires); civ. Nivelles (réf.), 1^{er} octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 44 (concernant l'exécution forcée par voie de compensation d'une créance contestée); Liège, 14 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 749 et obs. J.-M. D. (impl.); D. WAGNER,

force, ni même à une exécution matérielle au sens propre du terme sur les biens ou sur la personne d'autrui, si ce n'est de façon négative. Tout au plus peut-il être défendu qu'il a été porté atteinte à sa propriété. Mais d'une manière prohibée par le droit judiciaire qui correspond, en définitive, à une obligation négative dans le chef de l'administration.

L'exemple n'a pas été pris au hasard. Il a été choisi parce qu'il sème le doute dans les esprits. De la sorte, il permet d'éprouver les fondements du système. On met le doigt, à cet endroit, sur l'extrême complexité du droit de l'exécution²⁶⁷.

En même temps, il faut être conscient du cas particulier de la situation envisagée. L'exécution forcée ou d'office majoritairement concernée consiste avant tout dans de l'exécution matérielle. La jurisprudence citée à l'appui du système de l'exécution administrative en témoigne directement.

375. Analyse. Pour rappel, l'exemple de la suppression du versement d'un traitement ou d'une allocation a été mentionné par F.-P. BENOIT pour illustrer la nécessité d'une action positive requise dans le chef de l'administré pour qu'il y ait privilège²⁶⁸. L'exemple devait en être proscrit.

Or, si le privilège consiste dans l'exécution forcée permise sans autorisation du juge et si la suppression d'un traitement équivaut à une saisie pour laquelle il est nécessaire d'obtenir l'autorisation du juge, sauf dérogation légale parfois existante (l'article 1410, § 4 du Code judiciaire) ou dérogation jurisprudentielle, l'exemple pourrait, à la réflexion, donner l'impression d'être un contre-exemple. L'exécution forcée concernée ne requiert en effet pas un acte positif de la part de l'administré. L'initiative appartient à l'administration. Il lui suffit de s'abstenir pour exécuter sa décision²⁶⁹.

L'exécution forcée en cause ne paraît pas non plus exiger de façon absolue l'existence d'une obligation dans le chef de l'administré²⁷⁰. En l'occurrence, l'obligation existe dans le chef de l'administration. Il s'agit pour elle de verser le traitement de la manière prescrite par la loi.

"Récupération des subventions-traitements ou de traitements versés indûment", *Scolanews*, 1996, p. 2. Rem. Cass., 1^{er} décembre 1994, *Pas.*, I, 1994, 1028; *J.T.*, 1995, p. 281; *R.W.*, 1994-1995, p. 1228; *Arr. Cass.*, 1994, II, p. 1035, très impl., en matière de prélèvement par l'Office national du lait. *Add.* l'article 1410, § 4 du Code judiciaire et la jurisprudence y relative, analysée au chapitre 2, n^{os} 558 et s. En droit français, C. EISENMANN cite comme exemple de la réalisation directe l'appropriation de sommes qu'un particulier ou un agent aurait dû verser à l'État (*op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 762, n^o 25).

²⁶⁷ La notion d'exécution forcée est en effet protéiforme, elle est frappée de polysémie. Voy. sur ce point P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n^o 3, pp. 5 à 7; *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, n^o 4, p. 828, note 14; "Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne", in *Droit de la responsabilité*, C.U.P., 1996, p. 16, n^o 3.

²⁶⁸ Voy. *supra*, n^o 367.

²⁶⁹ Rem. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, p. 21, n^o 9bis : "Une décision exécutoire est une décision qui peut juridiquement être exécutée; n'est-ce pas dès lors, nécessairement, une décision qui au besoin est exécutée d'office ?"

²⁷⁰ La seule "résistance" possible, le cas échéant, est la contestation. On renoue ainsi avec les garanties nécessaires à l'efficacité du droit qui ne peut pas être tributaire d'une situation de fait. En cas de contestation, le juge vérifiera si l'administration a demandé l'autorisation du juge avant de procéder à ce qu'il assimile à une "saisie sur salaires" ou sur certaines allocations.

Autrement dit, les critères de l'action positive et de l'obligation dans le chef de l'administré seraient certes les plus fréquents, les plus ordinaires et les plus représentatifs. Mais ils ne seraient pas exclusifs pour déterminer l'existence d'une exécution forcée, et donc d'une exécution d'office. Tout serait affaire de situations et de formulations.

376. Contre-analyse. À l'analyse, cependant, la jurisprudence conduit à tirer d'autres conclusions.

Dans les espèces, il s'agissait en effet de diminuer des traitements pour récupérer un indu prétendu. Une obligation était donc susceptible d'être identifiée dans le chef de l'administré - l'obligation de rembourser - de même qu'une éventuelle résistance - à savoir l'absence de remboursement -.

Concrètement, néanmoins, il semble que la pratique administrative incriminée empruntait un raccourci en annonçant (parfois) directement les retenues (les compensations) aux administrés, sans leur donner l'occasion d'acquiescer ni même de s'exécuter volontairement.

Cette lecture différente de l'exemple permet de mettre en relief la manière de procéder que l'administration aurait dû suivre²⁷¹. Elle aurait dû informer les administrés concernés et obtenir leur accord avant de pratiquer les retenues incriminées. À défaut d'accord, il lui revenait de saisir le juge.

Plus qu'une exécution forcée, il s'agissait donc en l'espèce d'une compensation pratiquée de manière illégale. L'intention de l'administration n'était d'ailleurs pas d'emporter l'application des règles du concours entre créanciers²⁷², comme en cas de saisie pratiquée dans ses propres mains.

377. Évaluation. L'exemple permet de mesurer toute l'ambiguïté du droit de l'exécution. Toute atteinte portée aux biens ou aux personnes est susceptible d'être assimilée à une voie d'exécution forcée, avec pour tentation de soutenir à chaque fois que l'autorisation préalable du juge serait par conséquent nécessaire.

À suivre ce raisonnement, pourtant, on prend le problème par le mauvais bout. On aborde l'exécution forcée par un exemple de voie de fait, alors qu'à l'inverse il s'agit d'une voie de droit. L'adage très général selon lequel "Nul ne peut se faire justice à soi-même" dépasse en réalité largement le champ de l'exécution forcée.

²⁷¹ Dans le système étudié, la mise en demeure préalable peut également être analysée comme une manière de procéder conditionnant le recours à l'exécution d'office : une invitation ou une chance doit être donnée de s'exécuter volontairement. Mais encore faut-il qu'aucun texte particulier ne soit applicable en la matière.

²⁷² Sur ce point, voy. *infra*, en ce qui concerne la retenue d'office établie par l'article 1410, § 4 du Code judiciaire, n^{os} 558 et s. Elle déroge également aux règles de la compensation, et non à celles de l'exécution forcée, comme il est aussi donné de lire en jurisprudence.

Or, le privilège aussi, à vrai dire, est (devenu) une question de droit et non de fait. Et il ne faudrait pas oublier que les développements visent uniquement sa définition. Or, le privilège doit emporter un régime de faveur par rapport au droit privé. Ce que ne constitue de toute évidence pas le simple arrêt de paiement ou ce type de mesures plutôt liées à la position de force concrète des "parties", que l'on rencontre également en droit privé²⁷³.

Dans le cadre de la définition du privilège, autrement dit, c'est la place de la force matérielle dans l'exécution qui mérite surtout réflexion.

378. Le critère de la force matérielle. À l'estime de M. HAURIOU²⁷⁴, en effet, l'exécution administrative sera le plus souvent réalisée par "des mesures de service ne faisant point figure de voies d'exécution judiciaires" (un fonctionnaire révoqué remplacé dans son service, un marché de fournitures rompu, une fourniture refusée, une allocation supprimée, etc.).

À l'analyse - et surtout l'interprétation -, cependant, la révocation du fonctionnaire suppose dans son chef l'obéissance concrétisée par le fait d'évacuer son bureau et de ne plus se présenter au travail, ce qu'il peut précisément renoncer à faire. L'usage de la force est alors (en principe) interdit. Il faut passer par le juge. La question du privilège se pose à cet endroit uniquement. Tout dépend, en pratique, des comportements et des situations précises. Il faut s'efforcer de les faire rentrer dans les catégories légales. Le système ne peut pas tout prévoir jusque dans les détails les plus concrets.

De prime abord, l'exécution forcée fait naturellement penser à l'exécution obtenue par la force. C'est le cas le plus évident. Dans l'État de droit, la force n'est pas privée; elle est publique. Des agents publics sont spécialement investis de cette mission. Ils la remplissent selon une série de règles précises et minutieuses. Ils forment un service dont le nom est révélateur : il s'agit des forces de l'ordre, des forces de police. Ce sont elles que l'huissier instrumentant requiert si

²⁷³ Comp. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 353 et note 1 : de telles mesures extrajudiciaires sont "en dehors du droit commun" car elles sont extrajudiciaires, mais elles ne sont pas inconnues du droit privé... L'exécution privilégiée se rapporte plutôt aux mesures de service qui "font figure" de voies d'exécution judiciaires (*ibidem*, p. 353). Comp. encore G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 179 et les cas où la personne privée peut pratiquement se délivrer un titre, où la décision est immédiatement exécutée comme si la personne privée s'était délivrée un titre à elle-même (licenciement, exclusion d'un membre); L. MICHOD, *op. cit.*, T. II, 1^{re} éd., 1909, n° 173.2°, pp. 10 et 11, note 2, 2^e éd., 1924, n° 173.2°, p. 10, note 1, 3^e éd., 1932, n° 173.2°, p. 11, note 1 : il s'agit "du droit de prendre des décisions exécutoires contre lesquelles il appartient au membre de réclamer en justice (qu'on songe par exemple aux règles concernant le recouvrement des taxes communales ou syndicales). Les corporations de droit privé n'ont pas ce privilège, mais peuvent souvent prendre des décisions qui sont exécutoires à l'intérieur de la corporation, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux tribunaux : par exemple, exclusion d'un membre, destitution d'un organe de la corporation, refus d'entrer dans ses locaux et de participer aux avantages qu'ils offrent aux membres, etc. Dans ce cas, ce sera au membre à prendre devant les tribunaux l'initiative d'un procès. La corporation devra, au contraire, agir en justice lorsqu'elle voudra obtenir une contrainte extérieure, par exemple un paiement de cotisations".

²⁷⁴ M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 353.

nécessaire²⁷⁵, au moment d'exécuter un titre. Y compris lorsque le titre porte sur une obligation pécuniaire, comme dans le premier exemple évoqué, en vue de réaliser des biens.

379. La disposition de la force publique. Dans de très nombreux cas, le critère de la "disposition"²⁷⁶ de la force publique pour permettre la contrainte est effectivement déterminant, comme l'indique la mention très répandue de l'exécution "au besoin" par la force²⁷⁷. Et, dans ces cas-là, le "vrai problème de l'exécution d'office"²⁷⁸ commence à partir de la résistance.

En pratique, toutefois, les situations sont les plus diverses. Les moyens d'obtenir l'exécution d'une obligation peuvent varier. Car, à côté de la force matérielle, parfois plus efficace qu'elle, il y a la force des choses²⁷⁹, voire le fait accompli²⁸⁰.

D'abord, comme dans l'affaire "Immobilière de Saint-Just", l'usage concret de la force n'est pas toujours nécessaire. Le plus souvent, la signification par huissier ou, un stade plus loin, la seule vue des forces de l'ordre suffit à convaincre le particulier de s'exécuter personnellement et, en toute hypothèse, à ne pas s'opposer physiquement.

²⁷⁵ Au besoin, l'huissier peut également requérir l'intervention de personnes ou d'entreprises privées pour réaliser l'exécution, ce qui est également vrai en matière administrative. Comp. C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, pp. 223, 224, ainsi que p. 295, et l'intervention organisée d'un organisme privé constitué sous la forme d'un syndicat professionnel pour assurer la protection des végétaux contre les parasites et les petits animaux qui les menacent, en l'occurrence pour réaliser les traitements insecticides ou anticryptogamiques prescrits sur les terres du récalcitrant et à ses frais. La décision, le recours éventuel à la force comme tel, de même que le recouvrement des frais exposés en cas de refus de la facture, dépendent de l'administration compétente (l'inspecteur de la protection des végétaux, au besoin renforcé par le préfet).

²⁷⁶ Le terme est plus adéquat, puisqu'il n'y a pas recours systématique à la force, voire même plutôt rarement. Que ce soit en droit commun ou en droit administratif. On raisonne toujours de manière générique en droit. Même si le dispositif vise, avant tout la réalisation concrète d'une obligation, il le fait de préférence sous la pression, le cas échéant par la force.

²⁷⁷ En droit français : C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1) (le bénéfice de moyens matériels); G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 177, 179, 185 : même en droit privé, en pratique, c'est seulement lorsqu'on a besoin de la force publique (lorsqu'elle est utile) qu'il faut aller devant le juge. En droit belge : O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12; L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 157; M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., 1950, n° 25, p. 40; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104; M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 15; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 (et l'autorisation à la mettre en mouvement); J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 127 : le cas échéant; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 15; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99; *add.* K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, p. 292, n° 2. À noter que la disponibilité de la force caractérise le privilège du préalable pour les auteurs qui le relient à la force exécutoire renforcée de l'acte, mais pas pour ceux qui le rattachent à sa force obligatoire. Il faut faire attention, lors de chaque lecture, à la conception particulière des auteurs.

²⁷⁸ NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 52.

²⁷⁹ À tirer les concepts par les cheveux, il est même possible d'interpréter l'exécution forcée comme étant celle qui est obligatoire : une manière "imposée" de procéder.

²⁸⁰ Rem. M. FRÉJAVILLE, note sous T.C., Hilaire et Dame Cortesi (deux arrêts), 18 décembre 1947, *D.*, 1948, 3, 62 : des mesures d'exécution par la force publique ne sont pas nécessaires pour emporter la compétence judiciaire pour voie de fait, "Il suffit que la dépossession du prestataire ait eu lieu contre ou sans sa volonté et sans qu'il ait eu l'occasion de se défendre", y compris en cas de remise de clefs contre son gré.

Le locataire expulsé, par exemple, prendra ses dispositions pour avoir évacué l'immeuble concerné à la date intimée. À défaut, il suivra ses meubles déposés le long de la voie publique, le cas échéant. Dans ce cas, la contrainte porte plutôt sur les biens de la personne que sur la personne elle-même. Même si, à travers eux, c'est évidemment la personne qui est visée. On se substitue de la sorte à l'expulsé en déménageant à sa place et à ses frais. Cela étant, il arrive que le locataire refuse jusqu'au bout de quitter les lieux, en s'attachant parfois même sur les lieux. Le cas échéant, il faut bien l'expulser *manu militari*. Même si le droit répugne à utiliser la force.

Ensuite, d'autres moyens que le recours à la force peuvent s'avérer plus efficaces. L'exemple du fonctionnaire qui conteste une mesure disciplinaire de déplacement (en réalité une mesure administrative dans l'intérêt du service) et qui n'y obtempère pas en ne rejoignant pas son nouveau poste, en est une bonne illustration. La sanction disciplinaire est, dans ce cas, plus adaptée que le recours à des mesures forcées²⁸¹. Il est d'ailleurs peu vraisemblable qu'un juge accepte d'en ordonner.

Finalement, il ne faut pas sous-estimer la place du remplacement ou de la substitution dans l'exécution forcée²⁸². Il s'agit pour l'administration de se substituer à l'administré pour exécuter une obligation à sa place. Avec l'aide, au besoin, de la force publique, si d'aventure l'administré venait à s'y opposer matériellement.

380. L'exécution forcée et l'exécution par substitution. Il n'est pas possible d'évoquer l'exécution par substitution sans faire référence à la distinction entre les obligations strictement personnelles et les autres (*simplement* personnelles)²⁸³, que l'on trouve principalement dans les obligations de faire. Le critère servant à les distinguer est l'exigence ou non du fait personnel du débiteur pour l'exécution de l'obligation. Dans le premier cas, il s'agit d'une sorte d'obligation *intuitu personae*, pour utiliser une catégorie propre au domaine contractuel. Personne d'autre ne peut s'exécuter à la place du débiteur. *Brevitatis causa*, on parle le plus souvent d'obligations personnelles à leur égard, tout simplement.

L'intérêt de la distinction en ce qui concerne le privilège est que l'exécution par substitution est impossible en présence d'une obligation de faire personnelle, à la différence des autres obligations (y compris les obligations de ne pas faire, généralement personnelles, mais susceptibles, quant à elles, d'exécution forcée) et sauf loi particulière. Par définition,

²⁸¹ Le Conseil d'État a déjà décidé que la démission d'office qui a résulté d'un tel refus est valable, car il n'appartenait pas à l'intéressé de s'ériger en juge de la mesure prise à son égard. Voy. C.E., Koenigs, 27 février 1962, *R.A.A.C.E.*, 1962, p. 179 : l'intéressé ne saurait se prévaloir de l'illégalité de la mesure pour contester la légalité de la démission d'office et justifier son refus d'y obtempérer.

²⁸² Rem. à cet égard C.-H. VIGNES, "Le pouvoir de substitution", *R.D.P.*, 1960, pp. 753 à 801, sp. p. 758 (les procédures d'exécution d'office).

²⁸³ Evoquant cette distinction, plus forte que le critère de l'action positive : NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 60 et 61; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 23, pp. 760 et 761, en soulignant que la distinction est classique en droit privé, dans la théorie des obligations, et que "Si cette distinction est vraie, qu'elle s'impose en droit privé, on ne peut guère concevoir qu'elle ne s'impose pas aussi en droit administratif". *Add.* les auteurs véhiculant la distinction entre l'exécution forcée et l'exécution d'office, mentionnés ci-dessous, n° 383. Rem. en droit belge J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 370, note 1 : le mode d'exécution dépend de la nature de l'acte.

l'obligation personnelle requiert en effet une exécution en nature qu'il est difficile d'exiger du débiteur par la force matérielle²⁸⁴. La seule alternative est de recourir à des moyens de contrainte d'ordre psychologique et pécuniaire, en quelque sorte substitués à l'exécution forcée, en particulier l'astreinte, dont la "forme publique" la plus connue est la sanction pénale. Y compris en procédant de la sorte, toutefois, la nature de l'obligation autorise uniquement à "forcer à vouloir" le débiteur²⁸⁵.

Que l'on songe, par exemple, à l'obligation de dénoncer les crimes et les délits dont on est témoin. Il est matériellement impossible d'exécuter "administrativement" une telle obligation²⁸⁶. C'est également le cas de la plupart des infractions au droit du travail pour lesquelles, à défaut de pouvoir procéder autrement, le législateur a prévu des amendes ou, au pire, la fermeture de l'entreprise, lorsque la répétition d'actes révèle une intention arrêtée de violer certaines obligations de faire²⁸⁷.

381. Le lien entre obligation et sanction. Il n'est évidemment pas question d'étudier ici tous les moyens d'obtenir l'obéissance à une obligation ou son exécution. Seule l'exécution forcée retient l'attention, ce qui exclut toute sanction autre que l'exécution forcée ou d'office²⁸⁸ dont l'astreinte, la sanction pénale ou la répression administrative, principalement. Les deux premières doivent d'ailleurs être prononcées par un juge. La dernière, en revanche, peut être décidée par une autorité administrative et être exécutoire sans intervention du juge²⁸⁹. Les deux

²⁸⁴ Même la séquestration d'un artiste (aujourd'hui inconcevable) n'est qu'un mode de contrainte indirecte (par corps) pour l'exécution d'un chef-d'œuvre.

²⁸⁵ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, p. 524. L'objet d'une sanction est en effet d'inciter les administrés à l'obéissance : "l'exécution spontanée est en réalité provoquée" (P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, n° 147, p. 207). *Add.* P. WÉRY, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, n° 4, p. 828. Au sens large, on "force" également le débiteur, on vainc sa résistance. Pour certains, l'exécution comme telle resterait toutefois volontaire, le cas échéant (voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 4.4, p. 13). Mais peut-on vraiment affirmer que la liberté de choix du débiteur (sa volonté) demeure entière sous l'effet direct de la sanction ? Faut-il réellement qu'il ne collabore en aucune manière à l'exécution pour qu'elle puisse être considérée comme échappant à son plein gré ? Il faudrait alors qu'il refuse d'ouvrir la porte à l'huissier. *Comp. ibidem*, n° 264, p. 365 et l'exécution contre le gré, mais sans le concours, du débiteur.

²⁸⁶ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, p. 534.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 538.

²⁸⁸ *Comp.* G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 195 et s., pp. 298 et s.

²⁸⁹ La problématique des sanctions administratives dépasse le cadre des privilèges, du moins en ce qui concerne les conditions de validité de la décision. Cependant, la distinction des privilèges et de la sanction administrative n'est pas toujours facile. En témoignent souvent les exemples. La sanction administrative est d'ailleurs une décision administrative à part entière, ce qui la distingue de la sanction pénale (même si la tendance actuelle des cours constitutionnelles et du Conseil d'État, sous l'impulsion principale de la Cour européenne des droits de l'homme, est d'imposer aux premières les garanties reconnues aux secondes; n'ont-ils pas fait de même - surtout le Conseil d'État français - en matière d'exécution administrative ? Or, n'est-il pas plus simple de passer par la sujétion au droit commun ?). *Comp.* au demeurant la définition donnée par J. LIGOT à "La sanction administrative en droit belge", *R.D.J.A.*, 1972, p. 233 : "celle qui est prononcée par l'administration elle-même sans intervention préalable du juge, le contrôle juridictionnel n'étant exercé qu'*a posteriori*, soit par le Conseil d'État, soit par les cours et tribunaux". Le critère - l'absence de décision juridictionnelle - ne peut toutefois pas remplacer l'institution - consacrée à l'exécution forcée -. Rem. encore S.L.C.E., *doc. parl.*, Conseil de la Communauté française, s.o. 1995-1996, n° 96/40, p. 2, cité *supra*, n° 255, note 646; E. WILLEMART, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 765 : la répression fiscale serait fondée sur les privilèges du préalable et de l'exécution d'office (ce dernier non défini) car elle frapperait plus promptement que ne le permet la voie pénale. *Add.* D. YERNAULT,

dernières doivent être préalablement prévues par la loi²⁹⁰ 291. L'important est néanmoins de prendre conscience du lien qui unit l'obligation à la sanction retenue pour en assurer le respect.

Ainsi, les obligations personnelles sont les plus difficiles ou les plus complexes à exécuter par la force. Elles requièrent donc d'autres "modes d'exécution". Elles y sont condamnées²⁹².

"Une administration doit-elle respecter les règles du droit à un procès équitable ? (...)", A.P.T., 1995, n° 2, p. 244 : un pouvoir tiré du privilège du préalable également appelé privilège de la décision unilatérale exécutoire; J. VELAERS, *op. cit.*, 1999, p. 101, 12 G 2° 29 (et 13 G 11) : une conséquence du privilège du préalable. À l'inverse, rem. C. LAMBOTTE, *op. cit.*, 1987, p. 20, note 18 : les dispositions pénales qui ne peuvent être prononcées que par les tribunaux judiciaires feraient figure d'exception aux privilèges du préalable et d'exécution d'office (!). Comp. le lien en droit français, issu de l'arrêt de Saint-Just (des concl. de ROMIEU), à travers l'exécution forcée administrative par le juge pénal : J.-L. de CORAIL, "Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression", in *Mélanges René Chapus*, *op. cit.*, 1992, p. 104.

L'exécution forcée de la sanction contenue dans une décision administrative est seule étudiée dans la cadre de la présente étude consacrée aux privilèges. Car la sanction comme telle ne constitue pas vraiment l'exécution de la norme. Au contraire, elle vient sanctionner son inexécution. Il s'agit d'une forme de compensation ou de dédommagement très étrangère à l'exécution par substitution (sauf condamnation complémentaire). La difficulté que pose la sanction administrative est toutefois proche de celle rencontrée avec l'exécution forcée : elle est décidée par l'administration, non par un juge (rem. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 186 et 187 et la toute grande majorité des auteurs, ainsi que p. 93, note 3 : avec le développement des sanctions administratives, on assiste à "un déplacement d'une partie du contentieux pénal vers le contentieux administratif" dont le contrôle juridictionnel est reporté *a posteriori* et est excessivement tardif, ce qui le rend assez illusoire). Elle conduit à priver le délinquant présumé des garanties habituelles de la procédure pénale. On n'est pas loin des enjeux de l'exécution forcée (décidée) d'office. Sauf que le cas est particulier et qu'il concerne une décision, non une exécution. Ce qui, mêlé au critère de l'autorisation préalable du juge, conduit tout droit à une confusion précisément dénoncée.

290 Comp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 179 et 182; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 136, p. 201 : ils assimilent la répression administrative à une voie d'exécution d'une obligation. *Add.* en droit belge (un moyen d'exécution) : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 59, p. 34; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 106, p. 80, l'un n'interdisant pas forcément l'autre et *vice versa*, selon la loi; comp. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750 et les autres moyens disponibles à l'administration, dont les mesures disciplinaires et les sanctions pénales ou administratives, indisponibles aux particuliers à l'encontre de l'administration mais aussi à l'encontre d'autres particuliers : peut-on parler en conséquence d'une répression globalement privilégiée ?; comp. A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, p. 442, n° 480septimo.

291 À noter que les condamnations à réparer en nature sont très souvent liées aux jugements pénaux, mais sont, le cas échéant, précisément décidées par le juge. À cet égard, il est difficile de ne pas évoquer le "recul plus que séculaire dans l'aménagement du contrôle juridictionnel" (!), à l'époque dénoncé par L. MOUREAU, *op. cit.*, A.P.T., 1980, p. 285. L'auteur s'indigne de ce que le juge pénal est souvent tenu de condamner à la remise en état des lieux, notamment en matière d'urbanisme, sans disposer du moindre pouvoir d'appréciation, même si la bonne foi ou l'absence de toute spéculation immobilière est certaine.

292 J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 528, propose une typologie des obligations "condamnées" à n'être sanctionnées que par une peine (à calculer dès lors de manière adéquate pour dissuader, sous peine de manquer l'objectif escompté, voire de s'avérer un bon placement pour le contrevenant, et plus généralement d'habituer à la désobéissance à la loi) parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'exécution forcée directe et dépendent ainsi d'un acte de volonté du débiteur : d'abord celles dont l'exécution forcée en nature se heurte à une impossibilité matérielle; ensuite celles pour lesquelles il serait dangereux de procéder comme tel, l'acte obligatoire supposant une opération d'intelligence ou de conscience sur laquelle l'autorité est sans influence (vote, verdict), et que l'on peut qualifier d'"impossibilité de principe voire intellectuelle"; enfin celles dans lesquelles l'atteinte à la personne et le trouble social causé par l'exécution directe seraient hors de proportion avec l'intérêt social qu'il s'agit de sauvegarder, et que l'on peut appeler "impossibilité morale ou sociale" (arrestation d'enfants mis au travail) (rem. à cet égard la notion d'"intérêt social suffisant"). Injecter par la force un vaccin est matériellement envisageable, mais vraisemblablement pas pour des motifs liés à la dignité humaine (p. 527).

À noter que les obligations peuvent être complexes, parfois même décomposées, et ainsi ne donner lieu à

Heureusement, elles sont relativement peu fréquentes²⁹³, y compris en droit administratif²⁹⁴. Pourtant, les obligations de faire et surtout de ne pas faire (s'abstenir) deviennent de plus en plus nombreuses en droit public²⁹⁵. Mais, dans la mesure où elles ne sont pas strictement personnelles, leur exécution forcée est plus aisée : elle se fera par substitution²⁹⁶ et aux frais du débiteur. Le mode d'exécution est tantôt considéré comme permettant une exécution forcée à part entière²⁹⁷, voire même en nature²⁹⁸, tantôt comme un remède dérivé²⁹⁹.

382. Toute exécution forcée se réalise par substitution. La place de l'exécution par substitution parmi les modes d'exécution forcée ne doit pas inquiéter outre mesure. À la réflexion, elle procède, à l'instar d'autres mécanismes, de l'effort fourni par les juristes pour

exécution forcée que pour une part déterminée. L'obligation du témoin, par exemple, consiste dans l'obligation de se présenter à l'audience et de déposer. Seule la première partie sera susceptible d'exécution forcée (suivant un mandat d'amener). Il en va de même de l'obligation du soldat (pp. 522 et 523) ou du service militaire, de l'instruction obligatoire, ou de l'obligation de voter (le secret du vote rend impossible l'imposition de voter valablement, voy. M. KAISER, "Les enjeux et les perspectives de l'obligation de vote", R.B.D.C., 1998, pp. 245 à 265), et plus généralement des obligations strictement personnelles où le recours à la force ne permet pas d'atteindre le résultat voulu : il faut alors des peines exemplaires, car même l'intervention du juge pénal n'est pas un secours à défaut de pouvoir condamner à l'exécution forcée ou par substitution.

La formulation de l'obligation est parfois importante, sinon capitale. Evidemment pas lorsque les négations se neutralisent : l'obligation de circuler équivaut bien sûr à l'obligation de ne pas s'arrêter, sans changement dans la manière de parvenir au respect de l'obligation. En revanche, l'efficacité du mode d'exécution peut dépendre de la manière d'aborder une obligation : l'obligation d'assainir peut par exemple être traduite en une interdiction d'habiter un immeuble non assaini (voy. p. 525, note 3). En conséquence, l'autorité administrative ne devra pas se substituer aux particuliers récalcitrants, mais fera plutôt peser la menace d'une expulsion ou d'une évacuation, ce qui est tout différent. Le mandat d'arrêt, quant à lui, emporte l'obligation de se rendre, sous peine d'une arrestation par la force.

293 P. WÉRY, *op. cit.*, Act. dr., 1995, n° 19, p. 841 et n° 252, pp. 342 à 346 : les obligations personnelles sont plutôt rares.

294 Il s'agit le plus souvent d'une expulsion ou de l'évacuation des lieux, organisées par la loi. Rem. l'approche très restrictive de J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 214, pour qui l'exécution forcée est inconcevable dans tous les cas où l'obligation ne peut être, en fait, exécutée que par l'obligé et par nul autre. En conséquence, elle ne serait pratiquement possible que si l'objet de l'obligation est réel (déplacement, modification ou abandon d'une chose).

295 J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 521. Parmi les obligations de faire, on peut citer celle de se faire vacciner (la vaccination obligatoire), d'évacuer (de force) une chaussée ou un endroit, de comparaître devant un conseil de révision ou de témoigner en justice (amener de force pour ce faire), de faire son service militaire.

296 Construire, détruire, etc.

297 J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 522.

298 Comp. J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 523, en ce qui concerne l'obligation de témoigner. En droit civil, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 81, pp. 104 et 105; *op. cit.*, Act. dr., 1995, p. 833, n° 10 (rem. *In Droit de la responsabilité*, *op. cit.*, 1996, n° 8, p. 22 : tel est également le cas dans l'hypothèse de mesures compensatoires non pécuniaires). Il s'agit d'une voie d'exécution, malgré que l'exécution comme telle émane d'une autre personne que l'administré et que le recours éventuel à la force visera de manière indirecte à laisser faire ladite exécution. Toujours selon P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 4.1, p. 9 : "L'accomplissement de la prestation par le débiteur lui-même n'est pas une fin en soi", sauf évidemment lorsque l'obligation est personnelle. L'obligation devient une obligation de laisser faire, éventuellement assurée par le recours à la force publique. *Add.* n° 95, pp. 123 et 124. L'important est qu'elle soit réalisée contre sa volonté ou malgré son inertie, voire sa récalcitrance. Telle est la particularité des voies d'exécution au sens propre (de l'exécution forcée proprement dite).

299 P. HÉBRAUD, *op. cit.*, R.I.D.C., 1957, p. 182 : "Une modalité de réparation du préjudice".

privilégier, par rapport au recours à la force matérielle, les moyens de contrainte plaçant le débiteur dans un rapport de force d'une autre nature, mais tout aussi incontournable. Il s'agit de vaincre la volonté rebelle, de faire en sorte, dans les cas les plus difficiles, que le débiteur n'ait pas d'autre solution que de s'exécuter comme convenu ou imposé légalement.

Tel est au demeurant l'objectif partagé par l'astreinte ou l'amende pénale. Voire par la saisie-exécution qui constitue elle-même une forme d'exécution forcée par substitution (quand elle est possible, c'est-à-dire en cas de "solvabilité") : face à l'inexécution de l'obligation de payer, on se substitue en quelque sorte au débiteur pour "se payer" sur ses biens. On pourrait même soutenir qu'il s'agit d'un mode d'exécution en nature s'agissant d'obligations de sommes. De même lorsqu'un particulier est écarté de force d'une voie de circulation ou expulsé d'un immeuble réquisitionné : l'usage de la force n'a-t-il pas pour objet de substituer la volonté policière à la volonté individuelle³⁰⁰ ?

La plupart du temps, ces modes sont susceptibles de déboucher sur le recours effectif à la force, lorsque la contrainte psychologique n'a pas été suffisante. L'*ultima ratio*, même si elle peut être reculée, reste par conséquent la force.

383. L'exécution forcée et l'exécution d'office. La distinction entre l'exécution forcée et l'exécution par substitution a trouvé un écho particulier en droit administratif français (il n'en a trouvé aucun en doctrine belge³⁰¹), au départ de deux auteurs en particulier³⁰², J. RIVERO³⁰³ et C. SIRAT, à travers les expressions "exécution forcée" et "exécution

³⁰⁰ C. EISENMANN ne distingue d'ailleurs pas parmi les exemples qu'il cite à propos de la réalisation directe des normes administratives (atteindre le résultat défini et voulu par la norme) : *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 762, n° 25.

³⁰¹ Comp. tout au plus L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, p. 144 : "Exécution préalable ne signifie pas nécessairement (...) exécution forcée par contrainte directe et matérielle. (...) L'administration dispose d'autres moyens d'assurer l'exécution de ses décisions exécutoires (commissaires spéciaux, retenue sur traitements, etc)"; D. DÉOM, *op. cit.*, A.P.T., 1981, p. 131 : certaines formes d' "exécution forcée" (les cas de substitution) ne nécessitent pas le concours de la force publique. En législation belge, on a relevé l'alinéa 1^{er} de l'article 20 de la loi du 3 mai 1999 organisant la répartition des compétences suite à l'intégration de la police maritime, de la police aérienne et de la police des chemins de fer dans la police fédérale : "En cas d'absence, refus, opposition ou défaut de collaboration dans l'exécution des mesures de police prises en vertu des articles 18, 5°, et 19, il peut être procédé à l'exécution forcée et les mesures sollicitées peuvent être exécutées à charge du contrevenant, du propriétaire du bateau ou du chargement ou de celui qui a le chargement sous sa garde" (i et sdr).

³⁰² La distinction avait déjà été initiée par AUCOC, alors commissaire du gouvernement, lorsqu'il évoquait l'exécution d'office dans ses concl. préc. C.E., Ogier, 11 janvier 1866, *Rec.*, p. 7, ici 8; D., 1866, 3, ici 82. Rem. par ailleurs R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 113 : pour étayer sa thèse du *quiproquo* à l'égard de M. HAURIU, l'auteur soutient que l'illustre auteur n'aurait pas employé indifféremment les termes exécution forcée et exécution d'office, cette dernière étant synonyme d'action d'office, d'exécution préalable ou de privilège du préalable, soit des concepts très similaires et se distinguant nettement de la notion d'exécution forcée. L'éminent doyen aurait également distingué, le plus souvent, l'exécution provisoire volontaire (ne rencontrant pas de résistance) et l'exécution forcée (la contrainte).

³⁰³ La distinction paraît avancée par C. SIRAT, mais elle est souvent renseignée comme procédant de J. RIVERO : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 161; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 91 et 92, avec la note 23 (l'auteur semble qualifier d'exécution d'office l'hypothèse de départ où les mesures d'exécution dépendent de l'administration, c'est-à-dire ne requièrent pas un fait personnel de l'administré, ce qui est tout différent de l'exécution par substitution); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 189, n° 120, et note 3; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 214, suite de la note 29; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 114 et 115, et

d'office".

Les deux auteurs n'ont toutefois guère été suivis³⁰⁴. Ni en doctrine³⁰⁵ ni en jurisprudence³⁰⁶ où les expressions sont utilisées indifféremment. Au motif, principalement, que la distinction ne fait pas apparaître une différence de nature ou de régime entre les notions étudiées³⁰⁷, comme C. SIRAT (en particulier) l'avait pourtant prétendu³⁰⁸. Autrement dit : elle est inutile, elle ne

note 302 (dans le même sens que M. ROUSSET, qui est apparemment proche de celui de J. RIVERO); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 158, p. 222; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 94.

³⁰⁴ Mis à part par quelques auteurs. Voy. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 58 à 67, qui ajoute l'action d'office à la distinction, en soutenant toutefois qu'il ne s'agit pas d'une "querelle de mots", mais de réalités différentes (*op. cit.*, 1960, pp. 56 à 58) : l'action d'office vise l'exécution d'office sans avertissement préalable de l'administré, c'est-à-dire sans véritable décision préalable (en réalité d'écrit); l'auteur croit y voir une différence contentieuse (Conseil d'État, responsabilité - pouvoir judiciaire, voie de fait) (pp. 67 à 72), alors qu'une voie de fait ne requiert pas nécessairement l'existence d'un acte matériel - le risque de voie de fait suffit, mais doit être manifeste -, et que le Conseil d'État peut très bien octroyer une indemnité si l'exécution illégale a eu lieu. Voy. aussi M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 12 et 13, ainsi que pp. 155 et 176, où l'auteur distingue l'exécution forcée, l'action directe et l'exécution d'office; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 272, n° 705, l'auteur regrette que l'on ait pas tenu compte d'une certaine gradation entre les deux hypothèses. Rem. finalement, mais dans le bon sens : G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 362, p. 503 : l'exécution par la force ou par substitution; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 94.

³⁰⁵ L'une et l'autre expression sont employées indifféremment par M. HAURIU, comme le relève M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 89. Et C. SIRAT reconnaît lui-même que la doctrine presque unanime mêle les deux notions, employant indifféremment les deux termes pour désigner des mêmes procédures (*op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440, p. 2) auxquelles NGUYEN-VAN-BONG ajoute l'action d'office dans le sens de la "confusion", citations à l'appui (*op. cit.*, 1960, pp. 56 à 58 et 67). Add. dans ce sens vérifié : M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 7; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, pp. 214 et 215, note 29; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 115, note 302; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 66, impl.; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, p. 63, impl.; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 188.

³⁰⁶ Dans ce sens régulièrement vérifié en jurisprudence : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, p. 161; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 58 et 67 (l'auteur proteste en l'occurrence contre cette mauvaise habitude utilisant aussi indifféremment l'action d'office); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 91, note 23; J.-F. LACHAUME, *op. cit.*, 10^e éd., 1996, p. 323; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 94. Rem. en jurisprudence l'utilisation indifférente et variée des expressions exécution forcée ou d'office, principalement, y compris pour une même affaire selon le mot-clé, la notice, le sommaire, les concl., l'arrêt ou les revues, ou encore dans une même revue pour différentes affaires pourtant identiques et relevant de la même matière, comme par exemple en matière de réquisition.

³⁰⁷ M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 91, note 23 : dans les deux cas, il y a contrainte sans que le procédé d'exécution soit spécifié selon qu'il s'agit d'exécuter ou de laisser exécuter, par exemple une réquisition; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 214 : "une même procédure d'exécution matérielle" en cas d'inexécution par l'administré; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 272, n° 705.

³⁰⁸ C. SIRAT pensait en effet avoir identifié un mouvement qui commençait, selon lui, à se dessiner en jurisprudence. Pourtant, ses conclusions n'étaient elles-mêmes déjà pas très convaincantes ni prometteuses. Seuls les expressions et les fondements (l'essence) lui paraissaient distinguer deux situations ou deux procédures voisines mais inassimilables, face à une jurisprudence, tant administrative que judiciaire, qui ne "témoigne d'aucune sûreté" : *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440, (pp. 2, 13 et 14). Au demeurant, C. SIRAT n'était pas toujours très clair sur la distinction qu'il comptait introduire, qui n'apparaissait réellement que p. 7, après beaucoup de confusion, en particulier p. 3.

sert à rien. Plus pompeusement : elle est d'une valeur douteuse et illusoire³⁰⁹. Elle permet tout au plus de clarifier le vocabulaire et de mieux cerner le problème³¹⁰.

Ce n'est en effet pas le mode d'exécution qui est important, mais bien la circonstance que l'exécution forcée, indépendamment du mode imposé par la réalité, soit autorisée dans le chef de l'administration avant même ou surtout sans l'autorisation du juge³¹¹.

Pour le reste, la distinction n'a pas une valeur essentielle, ne fût-ce que parce qu'il faudrait envisager l'hypothèse d'une résistance de l'administré dans les cas d'exécution d'office, requérant alors l'exécution forcée et devenant, par là même, des cas d'exécution forcée³¹². Aussi G. DUPUIS range-t-il l'exécution par substitution parmi les voies d'exécution forcée, tandis que les moyens comminatoires, tels l'astreinte, le sont parmi les voies d'exécution "semi-forcée"³¹³.

384. L'objet de la distinction. L'objet de la distinction est relativement simple. Mais il est parfois mal interprété³¹⁴, en particulier par C. SIRAT. L'exécution forcée consiste dans l'usage de la force au sens strict, c'est-à-dire de la contrainte matérielle pour que l'administré exécute son obligation, tandis que l'exécution d'office vise l'exécution par substitution.

309 M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 91, note 23.

310 J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 158, p. 222.

311 Prendre des mesures "sur la seule base de sa décision initiale, de sa propre autorité, sans qu'ait à intervenir aucune autre autorité, ou sans qu'elle puisse intervenir" : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 762, n° 25.

312 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 189, n° 120, et note 3, avec beaucoup de bon sens. À noter que T. II, n° 384, p. 538, l'auteur semble apercevoir un fondement juridique à la distinction dans le Code pénal. Ce dernier ne sanctionnerait que l'exécution forcée et pas l'exécution d'office dans le chef des fonctionnaires. C'est oublier le prescrit général de l'atteinte à la propriété.

313 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 301, n° 198. À noter au demeurant que, contrairement à ce qu'il est souvent prétendu, la résistance est bien existante dans l'hypothèse de l'action d'office. S'il est devenu nécessaire de se substituer à l'administré, c'est qu'il n'a pas fait ce qu'il devait faire.

314 M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 91 et note 23, par exemple, distingue selon que l'exécution (opérations juridiques ou matérielles propres à donner une efficacité complète à l'acte) dépend de la volonté de l'administration (l'auteur de l'acte) ou de celle de son destinataire (un fait personnel : prestation ou abstention). Le problème de l'exécution forcée se poserait seulement dans la deuxième hypothèse (le plus souvent par substitution, sauf lorsqu'il s'agit de contraindre à exécuter personnellement). L'auteur semblait pourtant avoir compris l'enjeu de la distinction lorsqu'il distingue en note la contrainte d'exécuter ou de laisser exécuter. Or, dans les deux cas, l'exécution volontaire dépend au départ de la volonté de l'administré. Et bien souvent l'urgence résulte de la résistance (du non respect d') à une obligation légale. L'enlèvement d'office d'un véhicule, par exemple, est normalement consécutive au non respect des règles de stationnement obligatoires. *Add.* M. LEFEBURE, *op. cit.*, 1961, p. 13 : sa définition de l'exécution d'office est personnelle; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1, 1960, pp. 161 à 163, pour qui la première définition avancée par J. RIVERO entre action d'office et exécution forcée, était différente de celle de C. SIRAT car, dans le premier cas, il n'y aurait pas de décision à faire exécuter par les intéressés. Comp. pourtant J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 214, suite de la note 29 et la nuance de J. RIVERO, dépourvue de portée juridique, en considérant qu'il y a exécution d'office quand l'administration se substitue à un administré défaillant et exécution forcée quand elle contraint un administré récalcitrant; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 158, p. 222; et surtout J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 94 (substitution ou contrainte).

La distinction n'est pas très heureuse sur le plan terminologique. Il est encore préférable de reconnaître à l'exécution d'office la faveur de permettre l'exécution forcée sans passer par le juge, malgré l'hypothèse formulée au terme du premier titre.

Néanmoins, la distinction est parfois utilisée - il faut le savoir - pour distinguer deux modes d'exécution liés à la nature des obligations, voire même plutôt à la nature des situations concernées. Dans les deux cas, pourtant, on exécute contre la volonté du récalcitrant (qui conteste) et sans intervention préalable du juge, le plus souvent à travers ses biens.

L'erreur de C. SIRAT est qu'il a voulu trouver, à partir des deux modes d'exécution, deux systèmes différents dans les hypothèses posées par la jurisprudence à l'exécution forcée au sens large³¹⁵. Certes, les objectifs poursuivis varient selon qu'une hypothèse est privilégiée par rapport à une autre. Mais c'est le cas "par définition" et sans correspondance avec les modes d'exécution³¹⁶. Fondamentalement, le mécanisme est le même. Ce qui fait l'exécution d'office³¹⁷, c'est la dispense de passer par le juge et, de la sorte, de s'être fait justice à soi-même.

385. Des expressions diverses pour une exécution multiforme. À noter qu'avec le temps, les expressions les plus diverses sont apparues en doctrine pour préciser les mesures liées au privilège de l'exécution forcée.

Elles soulignent tantôt la disposition de la force publique (le recours à la force)³¹⁸ (telle

315 D'où la conclusion non vérifiée selon laquelle l'exécution d'office, au nom de l'urgence, serait d'une essence autre que l'exécution forcée, au nom de l'obéissance due à la loi : C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440, (p. 14).

316 L'urgence, en particulier, est rapprochée de l'exécution d'office. Mais elle est également susceptible de fonder l'exécution forcée.

317 Au sens strict, l'expression était d'ailleurs destinée à viser, au sein de l'exécution forcée administrative, l'hypothèse précise dans laquelle l'exécution forcée procède de l'imperfection de la loi, c'est-à-dire alors même qu'aucune loi ne le permet ni ne prévoit un autre moyen d'exécution et à défaut d'urgence.

318 En droit français : M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, p. 35 : réaliser au besoin par la force; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 97 : exécuter par la force ses décisions; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968 : procéder à l'exécution forcée; R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 305 et 314 : "faire l'objet d'une exécution forcée", "procéder à l'exécution forcée" et "faire exécuter par la force"; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, pp. 245 et 246 : l'exécution forcée; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 686, p. 289 : "pouvoir elle-même forcer le particulier à s'exécuter dans la mesure où celui-ci s'y refuserait"; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 404 : des procédés d'exécution forcée; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 109 : utiliser la force pour l'exécution; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 272, n° 706 : provoquer elle-même la mise en œuvre de l'exécution forcée; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 103 : "faire exécuter elle-même ses décisions en recourant à la force, à la contrainte, en mettant en mouvement la force publique"; p. 104 : procéder à la mise en mouvement de la force publique; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 4, n° 9 : exécuter au besoin par la force; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 158, p. 222 : utiliser la contrainte afin d'obtenir l'exécution; n° 147, p. 208 : "contraindre le destinataire de l'acte à l'exécuter ou à supprimer le résultat prohibé"; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, pp. 69, 401 ainsi que 405 et 406 : l'exécution forcée, "utiliser la force publique"; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 322 : exécuter par la force; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, pp. 5 et 37 : l'exécution par contrainte en mettant en mouvement la force publique; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 44 : utiliser la force; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 66 : l'exécution forcée; J. MORAND-DEVILLER, *op. cit.*, 5^e éd., 1997, p. 349 : recourir à

l'exécution forcée par la voie administrative), tantôt l'exécution par substitution (l'administration exécute elle-même)³¹⁹, tantôt les deux³²⁰ de manière parfois plutôt neutre³²¹.

la force; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 272 : recourir à l'exécution forcée. Rem. M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, p. 550, n° 929, à propos de l'administration : "employer la contrainte brutale, la force physique pour les faire exécuter par les administrés, à leurs corps défendant". En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961 : recours à la force publique, exécution forcée (col. 1749); *zelve uitvoeren* (col. 1751); *eigenmachtig uitvoeren* (col. 1752); *een uitvoering zonder verwijl* (col. 1753); A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, pp. 32 à 34, n° 56 à 60 : de eerbieding afdwingen, tenuitvoerleggen; M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 15 : l'usage de la force; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104 : le recours à la force, n° 106, p. 80 : dwangmiddelen of dwangmaatregelen; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 : la mise en mouvement de la force publique au besoin pour l'exécution de la décision; B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 247, note 20 : utiliser la force pour faire exécuter ses décisions; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21 : "procéder elle-même, à certaines conditions, à l'exécution forcée des obligations qu'elle impose" et p. 22 : "elle-même recourir à la force".

319 En droit français : L. MICHOD, *op. cit.*, T. II, 2^e éd., 1924, n° 208, p. 73, note 2; M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 350 : passer d'office, en principe, à l'exécution de ses propres décisions par ses propres agents (services administratifs, force publique, force armée); M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 10 : exécution d'office "par les soins du personnel administratif" ("nonobstant toute opposition", élément dissocié du recours sans effet suspensif); p. 231 : "exécuter elle-même les décisions qu'elle prend, sans passer par l'intermédiaire d'un juge et cela alors même que l'exécution de la décision intéresse des tiers"; p. 232 : "par ses propres agents (services administratifs, force publique, force armée)"; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 759 et s. : selon la doctrine classique, "passer d'emblée à l'exécution forcée, *proprio motu*, et par ses propres moyens, (...) par des voies et moyens ne dépendant que d'elle, purement administratifs, ce qui implique, à la rigueur, que rien ni personne ne peut l'en empêcher ni l'arrêter" (n° 20, pp. 759 et 760); selon l'auteur, "procéder d'elle-même et sans plus", "déclencher et réaliser l'exécution forcée" (n° 28, p. 763); F. MODERNE, *op. cit.*, 1960, T. II, titre 1, p. 62 : passer directement (*proprio motu*) à l'exécution (matérielle) de ses décisions. En droit belge : W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988 : "rechtstreeks de eigen rechtsaanspraken te verzwezenlijken" (p. 45); "gezagshalve door de gepaste maatregel haar beslissingen zou doen uitvoeren" (p. 46); H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 833 et suite de la note 234 : "eenzijdig, d.w.z. eigenhandig, haar beslissing kan ten uitvoer leggen", "haar beslissingen zelf uit te voeren".

320 En droit français : R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 225 : "assurer elle-même la réalisation de l'exécution"; mais aussi p. 224 ou p. 227 : l'exécution forcée administrative dispense d'aller devant le juge pour l'autorisation des voies d'exécution ou pour employer les voies d'exécution, pour "mettre en mouvement par elle-même les voies d'exécution forcée"; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1) : exécuter "elle-même et directement"; le bénéfice des moyens matériels de coercition pour la réalisation des décisions; réaliser leur contenu par la force; (p. 2) : l'emploi de la contrainte en vue d'obtenir un certain résultat; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 22, p. 17 : exécuter elle-même, user de la force, de la contrainte; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 118 : le recours à la force, à la contrainte matérielle pour peser sur la volonté d'autrui; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 369 : "permettre de réaliser lui-même l'exécution, de réaliser ou de provoquer de sa propre autorité une exécution plus ou moins complète des engagements de l'autre co-contractant"; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668 : réaliser directement elle-même l'exécution par la contrainte en mettant en mouvement la force publique contre le particulier récalcitrant (ainsi que C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 290, n° 688 et p. 353, n° 830; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35); J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 94 : "exécution immédiate", "mettre la contrainte au service de l'exécution"; procéder à la place du particulier défaillant ou user de la contrainte matérielle selon que l'obligation est ou non rigoureusement personnelle; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 185 : elle-même exécuter matériellement ses propres décisions (parce qu'elle dispose de la force publique); pp. 188 et s. : exécution forcée; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1357, p. 1060 : "surmonter sa mauvaise volonté en le contraignant au comportement qui doit être le sien, ou en le mettant en présence d'un fait accompli en ses lieu et place". *Add.* C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, not. p. 60 : "exécuter elle-même" (n° 49), "d'elle-même, faire exécuter au besoin par la contrainte" (n° 54). En droit belge : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160 : "exécuter immédiatement et, au besoin, requérir la force publique"; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345, suivi par J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 308; "réaliser directement elle-même l'exécution par la contrainte, en mettant en mouvement la force publique contre l'administré récalcitrant"; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*,

Les formules sont parfois ambiguës, et il n'est pas toujours possible de déterminer avec certitude si elles sont destinées à désigner le mode d'exécution ou la circonstance dans laquelle il intervient, à savoir sans l'autorisation préalable du juge. Ainsi en va-t-il, par exemple, des expressions : exécuter immédiatement, directement, soi-même, d'office, par l'administration elle-même, par défaut, sans jugement, sans garanties à la défense, etc. L'expression d'exécution forcée par la voie administrative, par opposition à la voie juridictionnelle, a néanmoins tendance à se généraliser³²².

La diversité des formules ne doit pas étonner dès lors qu'il est extrêmement difficile d'appréhender l'incroyable diversité des cas de figure et des situations, dans la réalité, dont le reflet existe évidemment en jurisprudence³²³. Le phénomène a certainement contribué au

1966, p. 78, n° 104; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 127 : "en réaliser lui-même l'exécution par la contrainte, le cas échéant en recourant à la force publique"; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 15 : passer à l'exécution matérielle, user de la contrainte pour faire exécuter au besoin en mettant la force publique en mouvement, utiliser la force publique; n° 13, p. 31 : employer la force pour l'exécution de ses propres décisions; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, p. 7 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 et 8 : procéder elle-même à l'exécution forcée; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265 : "susceptible d'exécution forcée", "réaliser elle-même l'exécution par la contrainte"; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99 : en réaliser elle-même l'exécution et recourir, si besoin en est, à la force publique; recours à et user de la contrainte pour faire exécuter; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, pp. 34 à 36, n° 87 à 90 : exécution matérielle, faire appel à la force publique et exécuter *manu militari*. Rem. O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12 et note 2 : la contrainte au besoin par la force et "faire elle-même exécuter d'office".

321 En droit français : L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51 : "directement exécuter", "imposer au particulier l'accomplissement de l'obligation"; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, p. 525, n° 762 : l'emploi direct de la force publique; le recours direct à la force "sans procédure d'exécution judiciaire". En droit belge : C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251 et *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 139 et 140; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 476 : exécuter son titre exécutoire d'emblée et d'office.

322 En droit français : M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 350 et 351 : par la voie administrative, de manière extrajudiciaire; M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 9 : l'intervention du juge n'est point préalable à la décision ni à la mesure d'exécution (sauf s'il s'agit de voies d'exécution réservées aux tribunaux judiciaires); la procédure par décision exécutoire est "extrajudiciaire", l'exécution se fait "par la voie administrative" (p. 18 ou encore p. 243). *Add.* R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 224; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, p. 525, n° 762 : l'exécution ou la "coercition administrative" par comparaison avec la procédure d'exécution judiciaire; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 : l'exécution administrative; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 56 : la coercition administrative; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967 : l'auteur distingue de manière générale les voies administrative et judiciaire, mais aussi répressive et non répressive; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 533, n° 963 : par comparaison avec "l'exécution forcée par la voie répressive"; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 127 : par opposition à la voie juridictionnelle; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, pp. 219 et 220, sn; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 406; G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 37 : l'exécution administrative; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, pp. 667 à 672, n° 976 à 982; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 185 et 188 : les procédures juridictionnelles sont distinguées de l'exécution d'office; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 641, p. 425. Comp. P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, p. 525, n° 762 : le recours direct à la force "sans procédure d'exécution judiciaire". Rem. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 293, n° 693 : l'auteur qualifie la matière non pécuniaire de "purement administrative", avec pour réserve "si l'on peut dire". En droit belge : A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 : l'exécution administrative; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 476 : la "voie judiciaire" restant disponible.

323 On a déjà mentionné la diversité des formules exécution d'office et forcée. Dans les arrêts, le plus souvent, ces formules sont détaillées à l'infini, selon tous les procédés administratifs et toutes les situations imaginables, avec toutefois une nette préférence pour l'exécution forcée ou l'exécution d'office. Voy. par exemple, en droit français, C.E., Ogier, 11 janvier 1866, *Rec.*, p. 7 et concl. conf. comm. gouv. AUCOC; D., 1866, 3, 81 et

caractère très théorique (peu concret) et peu précis, voire même volatile des formulations. La seule manière d'aborder le problème est le mode générique. Mais, en même temps, une telle approche est condamnée d'avance.

Néanmoins, s'il fallait recommander une formulation à l'avenir, elle devrait intégrer les deux formes d'exécution : l'exécution forcée ou par substitution (au besoin en recourant à la force, y compris dans ce cas).

386. Une importante résonance pratique. Plus généralement, il ne faut pas sous-estimer l'importante résonance pratique de la matière selon les variétés des situations et des obligations (dont leur nature) envisagées, et croire par exemple que, même quand l'exécution forcée est permise à l'administration face à l'inertie de citoyens, celle-ci sera toujours en mesure d'y procéder.

Le droit de l'exécution est une matière qui "se dérobe chaque fois qu'on croit l'atteindre"³²⁴, en particulier dans son mécanisme de réalisation. De nombreux paramètres de différentes natures sont susceptibles d'en déterminer l'issue, de manière à déjouer toute prévision : principalement la nature de l'obligation concernée, voire des obligations composant l'obligation principale ou permettant (au juge) de forcer à son exécution; la volonté - qui peut être changeante - du débiteur, mais aussi celle du créancier, liée à sa satisfaction, au gré des circonstances; le comportement des intermédiaires dans la personne du juge (des juges, lorsque le juge des saisies est susceptible d'intervenir), de l'huissier, des agents d'exécution.

La contrainte procède d'un phénomène de déplacement progressif d'un élément à un autre, pour chaque catégorie de paramètre : d'un mode (ou d'un objet) d'exécution à un autre (l'exécution en nature et l'exécution par substitution), voire d'une obligation à une autre, de manière subsidiaire (à travers l'astreinte); d'un intermédiaire à un autre. De la sorte, progressivement, la pression sur le débiteur augmente de manière à vaincre sa résistance.

concl.; S., 1867, 2, 61 (le commissaire : exécuter d'office; le Conseil d'État : "faire procéder à ce travail d'office et à ses frais); *idem* C.E., Dame de Suremain, 19 avril 1907, *Rec.*, p. 345, concl. ROMIEU; C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, *Rec.*, p. 275, concl. CHARDENET; S., 1909, 3, 51, concl. et note M. HAURIUO in S., 1911, 3, 33; *R.D.P.*, 1909, p. 696 et note G. JÈZE (répertoire Haillon, du nom du maire) (le commissaire : exécution forcée, d'office, (par la voie) administrative; le Conseil d'État : "y être contraint par la force", suivi de nombreux arrêts déjà cités plus haut); C.E., Anduran, 23 janvier 1925, *Rec.*, p. 82; D., 1925, 3, 43, concl. Josse et S., 1926, 3, 53 et note (le commissaire : l'exécution d'office - par un contrôleur -; le Conseil d'État : l'apposition des scellés); C.E., Revel-Chiraux, 29 avril 1932, *D.*, 1934, 3, 18, note P. DUCLOS (le Conseil d'État : faire procéder par voie d'exécution administrative à la démolition du baraquement et à l'enlèvement des marchandises; notice : exécution d'office); C.E., Ruasse, 10 mars 1933, *D.*, 1934, 3, 18, note P. DUCLOS (le Conseil d'État : faire procéder à l'exécution d'office par enlèvement de kiosques; notice et sommaire : exécution d'office); T.C., Action française, 8 avril 1935, *Rec.*, p. 1227, concl. conf. JOSSE; D., 1935, 3, 25, concl. et note M. WALINE; S., 1935, 3, 76, concl. et note; *R.D.P.*, 1935, p. 309, concl. (le commissaire : exécution d'office; Tribunal des conflits : pratiquer la saisie sur ordre du préfet de police agissant en matière administrative); C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *Rec.*, p. 278; D., 1947, 131 et concl. conf. CELIER; *J.C.P.*, 1947, 2, 3.377, concl. et obs. M.F.; S., 1947, 3, 41 et note A. MESTRE (réquisition) (le commissaire : exécution forcée; le Conseil d'État : prendre d'office des mesures destinées à permettre au sieur Regnaud de pénétrer dans la pièce fermée à clef où se trouvait le compteur d'électricité); etc.

³²⁴ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, p. 199. *Add.* p. 173 : envisager toute l'exécution est une tâche "trop ambitieuse et presque irréalisable, par suite de la complexité de ses aspects".

L'exécution apparaît ainsi comme "une lutte incessante et sans relâche, comme une conquête progressive, pied à pied, qui parvient généralement au succès, mais pour laquelle il n'existe pas de moyen donnant une certitude absolue"³²⁵.

Tel est également le cas en droit administratif. Avec des faveurs considérables que vaut le privilège à l'administration.

387. L'exécution forcée n'est pas la panacée. Cela dit, il faut être conscient que l'exécution forcée n'est pas la panacée ni en toutes matières, ni même dans les matières où elle doit être permise en dernier recours. La menace psychologique d'une peine reste souvent plus efficace, pour peu qu'elle ait un réel effet dissuasif³²⁶.

Pour prendre un exemple extrême, il est utopique, pour les pouvoirs publics, de privilégier l'exécution par substitution de travaux d'hygiène dans les entreprises ou dans les propriétés privées³²⁷, même aux frais de propriétaires, car leur solvabilité comme leur liquidité n'est pas assurée. Dans ce genre d'hypothèse, la résistance de l'administré ne permet l'établissement que d'une sanction³²⁸, qui n'exonère toutefois pas de toutes les difficultés³²⁹.

On le perçoit : l'enjeu est de taille en matière d'exécution d'office, y compris au sens strict. L'exemple de la loi du 10 juillet 1894 sur le "tout à l'égout"³³⁰ permet de s'en rendre compte.

Afin d'assainir Paris et la Seine, la loi prescrivait aux propriétaires parisiens l'adoption du système du "tout à l'égout" pour les fosses d'aisance, moyennant un délai de trois ans pour les anciennes maisons, mais sans prévoir de sanction pénale contre les récalcitrants. Le préfet de la Seine adopta un premier règlement destiné à pallier à la carence légale. Mais il fut annulé par le Conseil d'État le 1^{er} mai 1896 au motif qu'il n'appartenait pas au préfet, en dehors de ses pouvoirs généraux de police en matière de salubrité (en l'absence de délégation expresse dans le cadre d'une police devenue spéciale par la loi), de suppléer au silence de la loi en précisant notamment certains modes d'exécution (le genre de travaux à effectuer), autrement dit d'ajouter

³²⁵ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, p. 200. D'autant que législation et jurisprudence affichent le double souci parfois contradictoire entre efficacité du droit (permettre l'exécution forcée) et protection de l'exécuté (ne tolérer qu'une exécution raisonnable dans un contexte de crise économique et du logement, moyennant termes et délais ou relogement).

³²⁶ À condition que la recherche des infractions soit elle-même efficace et qu'en cas d'infraction, la peine soit suffisamment lourde, effectivement prononcée, mais aussi exécutée. Le législateur gagnera, pour une efficacité optimale de ses politiques, à bien évaluer l'adéquation des mesures par rapport aux objectifs poursuivis.

³²⁷ Comp. J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, p. 528, note 2, et p. 536.

³²⁸ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 316, n° 209. Et pas seulement parce qu'il serait avilissant pour l'administration de devoir accomplir une tâche qui n'est pas la sienne (comp. C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 7)).

³²⁹ G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 186, par exemple, citent un cas de "divorce entre les principes et la réalité" concernant la réquisition de tous les mineurs en grève en 1963 pour la bonne marche de la nation. La réquisition est restée sans effet parce que plusieurs dizaines de mineurs ne pouvaient pas être poursuivis et mis en prison, ni matériellement, ni politiquement.

³³⁰ H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1904, pp. 214 à 217; J. CRUET, *op. cit.*, 1906, pp. 217 et 218; A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 102 à 104; L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, pp. 55 à 60.

aux règles légales des prescriptions complémentaires, alors que le texte laissait aux propriétaires la liberté du choix (et de disposer).

En conséquence, le 24 novembre 1897, le même préfet adopta un nouvel arrêté réglementaire incorporant les dispositions essentielles de la loi de 1894 à un arrêté, pris en vertu de ses pouvoirs généraux de police municipale et sanctionné par l'article 471 du Code pénal, afin d'obliger les propriétaires à exécuter la loi de 1894 sous la menace d'une peine. Par son célèbre arrêt "Knittel", la Cour de cassation a toutefois estimé le procédé illégal dans ce qu'il a pour but de donner une sanction pénale à des dispositions qui n'en possédaient pas légalement³³¹.

Certes, l'exécution d'office était disponible à l'administration durant tout ce temps, puisqu'elle était confrontée à une loi imparfaite en termes de sanction. Il lui était toutefois impossible de pallier à l'inertie éventuelle de citoyens confrontés à des travaux coûteux et imprévus ...

388. Transition. En somme, l'hypothèse qui fonde le système français de l'exécution forcée administrative est loin d'être évidente dans tous les cas. Cela tient à son objet. Par rapport à lui, l'administration jouit d'un privilège limité. Y compris dans les faits, parfois, selon les aléas de la vie quotidienne.

Les mêmes difficultés sont rencontrées en droit belge où le privilège concerne le même objet. La transposition du système français ne va toutefois pas de soi. Il faut s'attendre à deux difficultés majeures à cet égard. Elles tiennent, d'une part, à la nature jurisprudentielle du système incompatible avec le rôle du juge en droit belge, et, d'autre part, à l'exécution d'office au sens strict, plutôt contraire aux traditions, aux mœurs politiques et aux habitudes juridiques actuelles.

Après avoir démontré le manque d'esprit critique à l'égard du droit français en doctrine belge, "On est autorisé à reprendre complètement la question; on y est même obligé"³³².

³³¹ Cass. crim., 31 décembre 1903, S., 1905, I, 425, note J.-A. ROUX; D., 1904, I, 281, note H. BERTHÉLEMY; R.D.P., 1904, p. 101, comm. G. JÈZE.

³³² C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 23, p. 761. L'auteur, quant à lui, évoque l' inanité de la doctrine classique.

Section 4. La réception du système en droit belge

"Le problème dont il s'agit ne se pose pas du tout en Belgique de la même manière qu'en France."

C. HUBERLANT³³³

389. Plan. Il n'est pas raisonnable de soutenir que les privilèges - et le système français de l'exécution forcée administrative - n'ont pas développé de racines dans le système belge³³⁴. En doctrine, le fait est incontestable. En jurisprudence et en législation, par contre, cela doit encore être vérifié (II). Historiquement parlant, néanmoins, on peut difficilement encore le nier.

Pourtant, les principes analysés sont largement incompatibles avec le système constitutionnel belge (I). Y compris en ce qui concerne la fonction dérogatoire de l'urgence (III).

Compte tenu de l'influence doctrinale en jurisprudence, et malgré les structures en place, les cours et tribunaux belges sont donc appelés à rester vigilants. Car il reste dans les esprits, et jusque dans les ouvrages contemporains de droit administratif, que l'administration jouit de privilèges, notamment ceux qualifiés "du préalable et de l'exécution d'office".

I. Des principes incompatibles avec le système belge

390. Introduction. À l'instar des privilèges, on ne trouve pas trace d'un système consacré à l'exécution administrative, d'influence française, dans les premiers précis de droit belge. Et pour cause. Il a été mis au point en jurisprudence française à partir de 1902, par le juge administratif. Il a été étudié tardivement en doctrine française³³⁵. Il était surtout lié à un événement particulier, survenu dans le cadre de la laïcisation de l'enseignement³³⁶ et qui a débouché sur une vague de contestations en justice.

Or, rien de tel en Belgique à la même époque. Sans oublier que l'administration jouit d'une immunité de juridiction jusque 1920.

³³³ C. HUBERLANT, note préliminaire à J.-P. BUFFELAN, *op. cit.*, R.J.D.A., p. 234. Les conclusions de l'auteur concernant l'autonomie du droit administratif ne sont toutefois pas à la hauteur de l'affirmation, malgré la confrontation rapide des arrêts Blanco et La Flandria, mais cantonnée au domaine de la responsabilité (p. 239). Comp. du même auteur, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, pp. 668 et 669.

³³⁴ Dans ce sens pourtant : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754. L'auteur conteste une conception générale du privilège de l'exécution d'office en doctrine et, en particulier, la faculté pour l'administration, en droit positif, de recourir à l'exécution forcée lorsque le législateur a omis de prévoir une voie d'exécution ou de répression.

³³⁵ M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 476, note 2 et sa suite p. 477.

³³⁶ À savoir une loi imparfaite n'autorisant pas expressément l'administration à expulser des congréganistes par la voie administrative, à poser des scellés sur des immeubles, à inventorier de force les meubles des églises, à expulser des desservants de leur presbytère, etc.

La destinée du contentieux administratif belge devait toutefois voir apparaître la compétence judiciaire en matière administrative avant la création du Conseil d'État survenue sans modification constitutionnelle de nature à créer deux ordres de juridiction plus ou moins bien séparés. De manière telle qu'il est non seulement devenu aisé avec le temps de citer l'administration devant le pouvoir judiciaire, mais que l'administration elle-même a pris l'habitude de saisir le pouvoir judiciaire de contestations administratives, notamment pour permettre à ses actes d'obtenir le "privilège" d'être exécutoires par la force, lorsqu'aucune loi ne l'a prévu expressément.

391. Contre l'exécution d'office au sens strict. Dans ces conditions, la transposition en droit belge de l'exécution d'office au sens strict, conçue en droit français, paraît sérieusement compromise.

En effet, une sanction judiciaire est toujours disponible à l'autorité administrative, dont on a précisément vu en droit français que sa généralisation aurait conduit à la disparition, non de l'ensemble du système, mais bien de l'exécution d'office au sens strict.

L'objection constitutionnelle est dirimante. Elle procure une réponse évidente à l'option posée par ROMIEU en prémisses à son système. Selon ROMIEU, en effet, deux "systèmes" sont possibles en présence d'une loi imparfaite : l'exécution judiciaire, la lacune du législateur ne pouvant être comblée que par lui-même, ou l'exécution administrative, l'autorité administrative qui dispose de la force publique devant être autorisée exceptionnellement à s'en servir pour procurer un effet utile à la loi.

Or, M. ROMIEU reconnaissait lui-même que "Les deux systèmes peuvent se défendre par des arguments excellents, et l'on conçoit que, suivant les traditions, les mœurs politiques, les habitudes juridiques du pays, l'un ou l'autre puisse être adopté"³³⁷. Après ROMIEU, la plupart des auteurs ont également reconnu que l'on peut très bien préférer à la suppléance de la loi le système contraire fondé sur l'idée que la loi étant incomplète, il n'appartient à personne d'y suppléer³³⁸.

Tel semble devoir être le cas en droit belge, contrairement à ce qu'il est parfois donné de lire en doctrine.

392. L'alternative est judiciaire. En France, le stratagème procède en effet du pouvoir créateur du juge administratif qui autorise, sous son contrôle, à procurer une sorte "d'effet utile" à des règles écrites, même si leur dispositif n'est pas explicite. Pour A. MESTRE, il est "le type

³³⁷ M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 21.

³³⁸ Rem. en particulier G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 406.

même du pouvoir confié à l'administration par le Conseil d'État"³³⁹, à la manière de l'Ancien Régime³⁴⁰.

L'alternative est clairement judiciaire en droit belge, non en vertu d'un système décidé par une juridiction administrative omniprésente en droit administratif français, mais directement en vertu de la Constitution elle-même.

Dans le prolongement de l'arrêt "La Flandria", la Constitution belge impose en effet la sujétion de principe de l'administration au droit commun, en l'occurrence au droit civil et judiciaire de l'exécution, auquel le juge belge ne peut pas déroger à sa guise, comme en droit français. Or, l'application de ce droit conduit à remédier différemment à l'oubli éventuel par le législateur des moyens nécessaires à la réalisation d'une politique³⁴¹, puisqu'un texte exprès indique de manière générale et abstraite qu'il faut suivre la voie judiciaire par principe. La voie judiciaire peut être suivie par l'administration selon toutes les modalités prévues par le droit commun, c'est-à-dire au besoin en référé, ce qui devrait suffire à balayer les éventuelles réticences liées à l'efficacité administrative³⁴².

393. Y compris en cas d'urgence. Avec le recul, la voie du référé judiciaire interfère de la sorte directement avec une autre hypothèse du système français de l'exécution d'office, à savoir l'hypothèse de l'urgence. En effet, l'intervention positive du juge des référés en matière administrative diminue de manière corrélative l'intérêt de la "solution" de l'urgence pour autoriser le recours à l'exécution forcée au sens large.

L'élément est important car il s'agit de l'hypothèse la plus souvent revendiquée en jurisprudence française, après celle de la loi. Or, *a priori*, il eût été concevable de conserver l'hypothèse de l'urgence en dehors de l'exécution d'office au sens strict, puisqu'elles ne sont pas directement liées. Il semble pourtant que la disposition du référé soit de nature à limiter la valeur dérogatoire de l'urgence aux cas de véritable extrême urgence, comme il sera précisé plus bas (III). Telle est au demeurant la solution qui doit prévaloir en jurisprudence civile de l'exécution.

³³⁹ A. MESTRE, *op. cit.*, 1974, p. 221 : "une création purement jurisprudentielle", "une théorie audacieuse destinée à sauvegarder l'efficacité de l'action administrative". Add. C. EISENMANN, *op. cit.*, E.D.C.E., 1957, n° 18, p. 37.

³⁴⁰ A. MESTRE, *op. cit.*, 1974, p. 280.

³⁴¹ Comp. G. BRAIBANT, "Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit", in *Mélanges René Chapus*, *op. cit.*, 1992, p. 96 : "Une autre solution aurait permis d'échapper au "silence de la loi" : la soumission de l'administration au droit privé, à ses codes et à ses lois. Mais c'est précisément ce que n'a pas voulu le Conseil d'État, ni, à sa suite, le tribunal des conflits chargé de délimiter les compétences des deux ordres de juridiction". La jurisprudence doit donc suppléer le silence de la loi.

³⁴² Comp. en droit français G. VEDEL, note sous divers arrêts judiciaires en matière de réquisition pour logement, J.C.P., 1948, II, 4.224, IX : "En somme, en s'adressant au juge des référés pour se faire délivrer un titre exécutoire, l'administration démontre que l'exécution d'office n'est presque jamais légale, lorsque des libertés essentielles sont en jeu, puisque, à défaut même de tout texte donnant compétence à un juge civil ou pénal, elle peut toujours s'adresser à la rapide et efficace juridiction des référés". L'auteur simule ensuite la solution prétorienne en concluant que le juge des référés saisi par l'administration, parce qu'il statue en référé et qu'il couvre l'exécution forcée en l'autorisant, ne doit rejeter la requête que si l'exécution forcée est manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte légal ou réglementaire (voie de fait) ou si la légalité de la mesure fait l'objet d'une contestation sérieuse (XIII).

394. Mise au point. Cela dit, il ne s'agit pas, comme l'avait induit ROMIEU pour imposer son choix, de faire pencher la balance en faveur de la garantie des libertés et droits privés au lieu des intérêts publics. Il s'agit, au contraire, de concilier les deux intérêts.

Ainsi, l'exclusion de l'exécution d'office au sens strict n'emporte pas nécessairement celle de l'urgence *caractérisée*. Il s'agit d'une soupape de sécurité en cas de réelle difficulté, insurmontable autrement. Elle procure une certaine flexibilité.

Dans les autres cas, par contre, on est bien d'avis que, sans l'intervention expresse du législateur pour effectuer un choix clair³⁴³, "l'ordre est plus troublé, l'autorité de l'État plus compromise par l'usage abusif de la force publique que par le souci de respecter les procédures légales et les droits des citoyens"³⁴⁴. "(...) sans contester les droits, on peut blâmer l'abus"³⁴⁵, autrement dit.

Or, il s'est avéré, par le passé, que les moyens de faire respecter les principes sur le terrain du fait sont certainement aussi importants que les principes eux-mêmes. C'est là toute la fragilité du système français de l'exécution d'office. Admettre ce système subsidiaire revient en effet à exiger l'intervention du législateur pour protéger les droits des citoyens, alors que ce doit être pratiquement "l'inverse" dans un État de droit où les droits et libertés sont consacrés dans la Constitution. Cela revient à tolérer une forme "d'arbitraire par manque de détermination légale"³⁴⁶ dans les moyens destinés à assurer l'exécution de la loi.

395. Le paradoxe français lié à l'absence de sanction judiciaire. Plus que douteux dans un État de droit, le système français est surtout profondément paradoxal. Son paradoxe tient principalement à la condition requérant l'absence de sanctions pénales pour autoriser l'exécution d'office, et plus généralement de toute autre voie juridique de vaincre la résistance, dont celle (précisément) de l'action civile.

La condition vient de ce qu'en droit français, l'action civile, par principe, n'est pas ouverte à l'administration. En effet, le juge civil est généralement incompétent pour connaître des actes administratifs. Il l'est donc aussi pour autoriser l'administration à agir³⁴⁷.

³⁴³ Y compris dans le montant des amendes, au besoin.

³⁴⁴ CELIER, concl. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *D.*, 1947, 131; *J.C.P.*, 1947, 2, 3.377 et obs. M.F. L'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et S., 1947, 3, 41 et note A. MESTRE : "Cette voie indirecte, ce détour permettra de gagner du temps et le débat judiciaire incitera l'administration comme le contrevenant aux méditations salutaires, auxquelles la paix publique ne peut que gagner".

³⁴⁵ FRÈRE-ORBAN, cité par E. BERNIMOLIN, "Attroupements ou émeutes", *R.A.*, 1887, p. 477.

³⁴⁶ J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 19.

³⁴⁷ Comp. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 54. Add. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 126 : non seulement la doctrine approuve cette orientation, mais la jurisprudence administrative est hostile à l'emploi de la procédure civile par l'administration. Voy. globalement J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 142, p. 209, note 11; M. BOURJOL, *op. cit.*, T. I, 1972, p. 245; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, pp. 403 et 404; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 157, pp. 221 et 222; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOUILLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 325; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNEZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 982, p. 671; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *op. cit.*, 11^e éd., 1996, pp. 65 et

Après avoir été longtemps partagée, la jurisprudence civile s'est finalement fixée dans ce sens³⁴⁸. Quant à la jurisprudence administrative, elle y a toujours été hostile, sauf exceptions, en particulier légales : pour l'essentiel en matière contractuelle, en matière domaniale³⁴⁹ et dans l'hypothèse où l'administration se trouve empêchée d'employer la décision exécutoire³⁵⁰.

Plus récemment encore, le Conseil d'État français a formellement considéré "que les dispositions du nouveau code de procédure civile et notamment les dispositions de l'article 31 dudit code relatives à l'intérêt pour agir n'ont pas pour objet d'habiter l'autorité administrative à agir au nom de l'État devant le juge civil aux fins de faire respecter la loi; qu'il n'appartient qu'au législateur de définir les cas et les conditions dans lesquelles une telle action pourrait être formée", et non par décret - de valeur réglementaire en France - comme en l'espèce³⁵¹.

La conséquence d'une telle jurisprudence est que la voie pénale est quasi exclusive, lorsqu'elle existe, pour exécuter un acte administratif avec l'autorisation préalable d'un juge et que, à défaut, c'est la voie de l'exécution administrative qui s'impose, et non la voie judiciaire. De la sorte, le système français est en réalité victime de ses propres conceptions. Certes, entre la voie

66; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 179 et 180. Add. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 62, n° 85 (n° 81 à 87) et G. VEDEL, note sous divers arrêts judiciaires en matière de réquisition pour logement, *J.C.P.*, 1948, II, 4.224, au sujet du doute qui a pu planer en jurisprudence civile sur le rôle du juge civil en la matière (VII : en pratique, "Force était d'imaginer, de "construire" un juge que l'administration put saisir et ce ne pouvait être que le juge civil" unifiant la théorie de l'acte public). Comp. encore J. M. AUBY, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XIII, 1960, p. 536 et l'objection du principe de séparation à l'égard du juge judiciaire; R. CHAPUS, *op. cit.*, T. I, 11^e éd., 1997, n° 1357, pp. 1060 et 1061.

³⁴⁸ Paris, 27 mai 1948, *D.*, 1948, p. 413, note critique M. F. (FRÉJAVILLE) : les tribunaux civils ne sont pas compétents pour ordonner l'exécution d'une réquisition de logement, la lenteur prétendue du recours imposé à la voie pénale ne pouvant pas justifier une telle confusion des pouvoirs administratif et judiciaire. À noter que M. FRÉJAVILLE soutient l'exclusion de la voie civile uniquement lorsque la voie répressive est ouverte, et donc l'exigence de la voie civile de droit commun en l'absence de toute autre procédure prévue par un texte (limitée compte tenu de la protection pénale du domicile).

³⁴⁹ Relativement à l'expulsion de particuliers occupant sans titre le domaine public au moyen des actions possessoires et pétitoires. Les juges judiciaires paraissent revendiquer cette compétence malgré T.C., Commune de Chamonix Mont-Blanc, 28 février 1977, *Rec.*, p. 740, *a contrario* concernant le domaine privé.

³⁵⁰ C.E., Association syndicale du canal du Gap, 7 février 1964, *Rec.*, p. 81, concl. M. BERNARD référant explicitement à "ce que les auteurs appellent le privilège du préalable ou le privilège de l'action d'office ou encore le privilège de la décision exécutoire" (adr) en matière de recouvrement de créances.

³⁵¹ C.E. (ass.), Société de Tapis Saint-Maclou, 21 octobre 1994, *Rec.*, p. 451, remarquables concl. contr. (!) J.-C. BONICHOT référant expressément aux privilèges doctrinaux; *Dr. soc.*, 1995, p. 139, concl. sous le titre "L'administration peut-elle avoir recours au juge judiciaire non répressif pour faire respecter la loi ? À propos du repos dominical"; *R.F.D.A.*, 1995, p. 689, concl. et A.J., 1994, p. 874, chr. TOUVET et STAHL plus traditionnels, qui rapprochent la décision de l'arrêt "Huglo" concernant la règle fondamentale du droit public du caractère exécutoire des décisions administratives (la voie judiciaire est anormale au regard des fondements du droit administratif), mais qui concluent en invitant le *ministère public* à faire usage au besoin du référé civil pour la défense de l'ordre public. Rem. sp. les concl. contr. de J.-C. BONICHOT dans lesquelles le commissaire de gouvernement, aidé en cela par la jurisprudence favorable de la Cour de cassation, conclut à l'absence d'atteinte aux principes du droit public français en permettant à l'administration de s'adresser au juge judiciaire, après avoir souligné l'absence de principe législatif excluant cette possibilité. Il reprend le problème à zéro, objection par objection : l'obligation d'exercer ses prérogatives alors que l'exécution d'office est exceptionnelle (idée fautive), l'atteinte à la séparation des fonctions alors que le déclinatoire reste possible en cas d'impétiement, et l'échec des sanctions pénales à la saisine du juge civil alors que les moyens sont très différents (le juge est souvent plus efficace, moins rigide) et le rôle du ministère public absolument préservé. L'espèce est une belle illustration de la difficulté à légiférer dans la matière : seules les actions judiciaires avaient permis aux syndicats de faire respecter le repos dominical, les amendes étant dérisoires par rapport au chiffre d'affaire des grandes surfaces.

pénale ou administrative, le juge pénal est largement considéré comme étant la "voie normale" d'exécution des actes administratifs, selon l'expression consacrée^{352 353 354}. Mais, en pratique, la voie pénale ne permet l'exécution forcée que d'une partie limitée des obligations administratives. C'est donc bien l'interdiction faite aux administrations de saisir le juge judiciaire pour demander l'autorisation d'exécuter un acte par la force qui est à la source d'une exécution administrative florissante en droit français.

³⁵² Voy. not. J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 141, p. 207; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 122 et 123 (jusque 127) ainsi que p. 138, ce qui consacrerait l'inégalité entre l'administration et les "simples particuliers" : l'assimilation serait donc illégitime (en droit français), même si l'intervention du juge pénal entraîne un contrôle de légalité (pourtant, le recours n'est permis au juge pénal que lorsqu'une peine est prévue au préalable, ce qui peut également être le cas de situations de droit privé; quant à l'absence de sanctions pénales, elle ne légitime pas à elle seule l'exécution forcée); C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35 et note 53.

³⁵³ Une base légale dans ce sens est même parfois avancée, directement tirée du Code de procédure pénale. Il s'agit des articles 539 et 464 du Code de procédure pénale (les anciens articles 161 et 193, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle), selon qu'il s'agit de contraventions ou de délits, et dans la mesure où ils ont toujours été interprétés dans ce sens. Rem. sur ce point J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 533; L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, pp. 46 et 47 et la jurisprudence citée; F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 966, p. 554 et les références citées. Les auteurs mentionnent la base légale permettant au juge répressif d'autoriser l'exécution forcée, en dehors de textes spécifiques (qui en attribuent parfois aussi la compétence au Conseil d'État). Avec ce commentaire éloquent de F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 967, p. 555 : ces textes de procédure pénale seraient curieusement méconnus par la très grande majorité des auteurs de droit administratif malgré qu'ils règlent de façon certaine (mais très imprécise) le problème de l'exécution forcée des actes administratifs. "Sans doute ceci s'explique-t-il par le fait que trop souvent ces auteurs ont voulu croire que l'administration disposait par elle-même, en règle générale, du droit de procéder à l'exécution forcée de ses décisions, ce qui les a incités à négliger certains aspects du droit positif". Ou alors par la carence des juges répressifs plus enclins à défendre les particuliers, ce qui, paradoxalement, ne peut conduire qu'au développement des compétences administratives. Avec cet avertissement p. 556, n° 968 : "la règle générale ne restera la règle générale que si elle s'avère suffisamment efficace, c'est-à-dire si elle ne conduit pas à une paralysie abusive de l'action administrative". À noter différents modes d'exécution forcée disponibles au juge pénal, en particulier l'exécution en nature ou par équivalent, le juge étant tenu de donner la priorité à l'exécution en nature, en vertu du droit commun ou d'une disposition légale expresse éventuelle, selon le cas, et sauf disposition en sens contraire, évidemment.

³⁵⁴ Rem. la réception aménagée de l'argument en droit belge pour fonder le recours y compris au juge civil (!) in Liège, 18 mars 1875, *Pas.*, 1875, II, 235 : le refus d'obéir à la sommation de démolir un immeuble menaçant ruine était à l'époque (et l'est toujours) sanctionnée par le Code pénal, de telle manière que si le tribunal de simple police avait été saisi de cette contravention, il aurait dû ordonner d'office la démolition à titre de réparation; "cette obligation qui a fini par être généralement admise par la doctrine et la jurisprudence, se fonde sur l'article 161 du code d'instruction criminelle attribuant au juge de répression le pouvoir de statuer sur les demandes en restitution et en dommages-intérêts"; or, aux termes de l'article 3 du même code (en réalité l'article 4), l'autorité administrative a le choix de se constituer partie civile, mais aussi d'entendre séparément et devant la justice civile l'action qui lui compete de ce chef, pour remédier à l'impunité. Voy. Cass., 28 juin 1886, *Pas.*, 1886, I, 282 ("la disposition générale de l'article 161") et concl. conf. av. gén. MÉLOT (en vertu des dispositions qui régissent la grande voirie, selon l'av. gén., l'arrêté violé ne devant pas prévoir plus que les infractions et les peines "en vertu des principes généraux du droit consacrés par l'article 161 du code d'instruction criminelle", idr), confirmant Cass., 20 juillet 1846, *Pas.*, 1846, I, 465 et note (revirement); Cass., 25 avril 1864, *Pas.*, 1864, I, 227 et Cass., 24 novembre 1873, *Pas.*, 1874, I, 16, en vertu des "principes généraux du droit consacrés par l'article 161" (mesure réparatrice), concl. conf. pr. av. gén. CLOQUETTE. Voy. aussi O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2. Aujourd'hui, l'article 161 du C.I.Cr. est libellé comme suit (de manière comparable à l'article 192 "s'il y a lieu") : "Si le prévenu est convaincu d'infraction relevant de sa compétence, le tribunal prononcera la peine, et statuera par le même jugement sur les demandes en restitution et en dommages-intérêts" (modifié par la loi du 11 juillet 1994, article 9).

Historiquement, le sentiment a en effet été suscité, en vertu de la séparation des fonctions, que l'administration française risquait d'être paralysée en cas de résistance des administrés, à défaut de sanction pénale ou civile prévue par la loi. Le seul remède qui s'offrait à la jurisprudence administrative était alors d'accepter le risque de voies plus expéditives, moyennant le respect de certaines conditions³⁵⁵. Officiellement parce que "Nulle part ne se trouve écrit le principe que les obligations de faire de la part des administrés ne seraient valables que si leur violation était érigée en délit"³⁵⁶. En réalité surtout parce que le juge administratif n'allait pas scier la branche séparant les fonctions - sur laquelle il venait de s'asseoir - en libéralisant subitement l'accès au juge civil³⁵⁷.

396. Un réel paradoxe en présence d'un ordre juridictionnel administratif. Pourtant, il faut être conscient que l'exécution d'office au sens strict n'était pas la seule alternative qui se présentait au juge administratif. D'abord, même à défaut de sanction judiciaire, le principe général qu'aucune exécution forcée n'est possible en droit administratif sans un texte exprès aurait très bien pu être imposé. Certains n'ont pas manqué de le remarquer³⁵⁸. Ensuite, l'alternative la plus évidente par rapport à l'autorisation exclusive par le juge pénal - qui revient nécessairement à plonger l'administration dans l'impasse lorsqu'aucune sanction pénale n'est prévue par la loi - aurait pu être l'accès au juge administratif, tout simplement et au lieu d'éviter tout juge, de manière à tirer toutes les conséquences de la dualité exclusive de juridictions.

La meilleure preuve que la solution aurait pu ou dû être envisagée de manière générale est que le Conseil d'État français l'a retenue - ou plutôt concédée - de manière très exceptionnelle³⁵⁹.

³⁵⁵ Le principe de la séparation des pouvoirs est alors préservé, car le contrôle de légalité judiciaire n'est opéré que lorsque le juge doit concourir à l'exécution de l'acte administratif, principalement lorsque le règlement concerné est sanctionné par des peines. Dans ce cas, en effet (pourtant), l'autorité doit faire appel au concours de la justice pour l'exécution de la mesure prise, au lieu de l'assurer elle-même. Rapp. *supra*, en droit belge, avant 1920 (n°s 180 et s.), dont M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 40, pp. 59 et 60. L'auteur parle de "dualité de régime".

³⁵⁶ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 534. L'auteur continue de la sorte : "Le silence du législateur au sujet de la sanction doit être interprété non point comme l'intention absurde et incompréhensible d'édicter des ordres vains, mais comme une nouvelle affirmation de la croyance traditionnelle que l'exécutif est chargé de prendre les mesures nécessaires à l'application des lois", et d'exécuter par la force directement au besoin, lorsque l'État n'a pas estimé nécessaire de prévoir une peine, sous peine de placer l'administration créancière dans une situation inférieure à celle d'un simple particulier, et à déforcer l'obligation légale par rapport à l'obligation contractuelle. *Contra* : H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1904, pp. 216 et 217. On perçoit toute la péciosité du raisonnement, qui confond au demeurant le caractère exécutoire et la validité de l'obligation.

³⁵⁷ Comp. L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, pp. 69 et 70 : si l'administration ne peut s'adresser au juge répressif; "eh bien ! qu'elle saisisse d'une façon indépendante, directement, une juridiction; qu'elle intente, pour la réalisation de ses mesures de police, toutes les fois qu'elle le peut, une action judiciaire, comme le ferait un simple particulier (...)" *Add.* L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 67, p. 51, note 2; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 188. Autre chose est d'apprécier si cette intervention est ou non souhaitable : J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 154, pp. 222 et 223.

³⁵⁸ Comp. F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 553, n° 963.

³⁵⁹ J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 147, p. 214. Il l'a concédé en matière domaniale, par exemple, pour l'expulsion de particuliers occupant sans titre le domaine public, concurrentement au juge judiciaire, en cas de difficultés liées à la définition et la délimitation du domaine public : C.E., Cie fermière du casino municipal de Constantine, R.D.P., 1961, p. 1.087, concl. A. BERNARD. En matière boursière, également, par la voie du référé, lorsque le pouvoir n'a pas été reconnu à une autorité (en l'espèce l'ex-Conseil des bourses de valeurs) d'ordonner le recouvrement versé de sommes dues : C.E. (ass.), Société des bourses de valeurs, 1^{er} mars 1991,

Avec la recul, il ne faut donc pas exagérer les conséquences présentées comme inéluctables de la différence entre les régimes belge et français. Le système français aussi est susceptible d'évoluer.

Nonobstant cette solution évidente, il reste ancré dans les principes que le juge administratif français ne peut prononcer des condamnations contre des personnes privées qu'en vertu d'un texte exprès. Il faut dire que les modalités de son intervention ne sont pas adaptées à une telle fonction qui nécessiterait, au besoin, certaines améliorations, notamment dans le sens de l'accélération. Ceci explique vraisemblablement son délaissement en pratique. Les plaideurs préfèrent s'adresser au juge judiciaire, au risque de voir élever le conflit.

397. L'obligation d'exécuter d'office. À noter une conséquence du principe de l'absence de sanction judiciaire, à défaut pour le législateur de l'avoir expressément prévue, qui peut être décelée dans l'idée répandue, en jurisprudence et doctrine françaises, selon laquelle l'administration aurait l'obligation d'utiliser ses prérogatives³⁶⁰, en particulier d'utiliser la procédure administrative d'exécution forcée³⁶¹, en dépit de son caractère jurisprudentiel.

A.J., 1991, p. 358, chron. R. SCHWARTZ et C. MAUGÛÉ; R.F.D.A., 1991, p. 613, concl. M. de SAINT-PULGENT. Rem. que, de temps à autre, la jurisprudence a été chaotique dans l'histoire française, donnant parfois lieu à des controverses entre ordres juridictionnels, mais aussi entre juridictions du même ordre, selon le lieu ou selon les matières. On a déjà mentionné l'évolution de la voie de fait, surtout dans les moments de crise. L'autorisation juridictionnelle d'exécuter par la force en est un autre exemple.

³⁶⁰ Sont privilégiés les auteurs abordant le sujet au moment d'étudier les privilèges : R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 44 (mais pas le privilège en dehors du dispositif légal exprès); F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, 1960, pp. 183 à 215, sp. pp. 187 et 191; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 36 à 38, 40 à 43 et 45; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 87 et 154; F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, pp. 49 et 50; F.-P. BENOÎT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 1670, pp. 857 et 858; R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 311 à 314; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, de manière générale; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 150, pp. 211 et 212, ainsi que n° 277, pp. 355 et 356 (des pouvoirs de police non facultatifs); R. DENOIX DE SAINT-MARC, D. LABETOULLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104. Comp. la voie médiane suivie par G. JÈZE, *op. cit.*, 3^e éd., T. III, 1930, pp. 4 et 5. Add. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XIII, 1960, sp. J. DEHAUSSY (rapport général), pp. 495 à 510, J. M. AUBY (rapport français), pp. 511 à 536 et W.-J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH et J. SAROT (rapport belge), pp. 567 à 610.

³⁶¹ M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 347, suivi par M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 232, sur base de C.E., Préfet de l'Eure, 30 mai 1913, S., 1916, 3, 9 et note M. HAURIU (rem. "une administration qui veut engager une discussion contentieuse, ne se porte point demanderesse devant le juge; elle commence par se faire justice elle-même par ses propres moyens" (...), elle "ne doit procéder par la voie d'un recours direct au juge que lorsqu'il n'y a absolument pas moyen d'employer la procédure d'action directe. (...) Voilà la pure vérité administrative, parce que le contentieux administratif ne ressemble pas au contentieux civil"). L'arrêt est interprété différemment par R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 41 et 42, dans la mesure où le préfet a été jugé irrecevable à demander directement au Conseil d'État ce que la loi prévoyait expressément de faire, à savoir délivrer un état de recouvrement (contre la commune de secours choisie comme devant assumer les frais d'hospitalisation avancés par le département), et non en vertu d'un privilège général. À défaut, l'exécution sera juridictionnelle : C.E., Ville de Versailles, 4 mars 1932, S., 1932, 3, 113, concl. ETTORI et note R. BONNARD (la responsabilité d'une commune devant le Conseil d'État, une dérogation évidente au privilège du préalable conçu par l'auteur comme le pouvoir de décision exécutoire et d'exécution d'office); R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 45 à 48. Pour NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, pp. 41 à 43, il s'agit dans les deux cas d'un problème de décision, et pas d'exécution (privilégiée). Add. C.E., Mahieux-Barbier, 13 mars 1957, *Rec.*, p. 166; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 330, pp. 473 à 475; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 142, pp. 208 et 209 et le principe de la subsidiarité (voire l'exclusion) de la voie judiciaire non répressive d'exécution, lié à la séparation des fonctions; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 56 et 63 à 69 (pp. 64 et 69 : actuellement, ni la doctrine - sauf exception - ni la jurisprudence ne démentent cette prise de position dont l'effet

Tel serait du moins le cas lorsque les conditions requises pour la voir emprunter sont réalisées et sauf circonstance exceptionnelle, telle l'impossibilité d'y avoir recours, le privilège se dérobant alors de lui-même³⁶².

La solution s'impose, en quelque sorte, puisque l'administration n'a pas le choix des moyens en France, la voie judiciaire lui étant interdite. Cela dit, la question abordée avec les privilèges ne concerne pas vraiment le choix de la voie judiciaire lorsque la loi en dispense, mais plutôt l'imposition de la voie judiciaire en l'absence d'une telle loi.

398. La différence du droit belge. La différence du droit belge sur ces différents points doit être bien comprise.

La dispense de l'autorisation du juge - civil en droit commun - ne revêt pas la même portée ni la même symétrie, respectivement en droit français et en droit belge, puisque le régime ordinaire de l'administration n'est pas, en France, de demander au juge civil l'autorisation de recourir à la force. Au contraire, l'administration paraît ignorer et même "répugner à user des voies ordinaires"³⁶³, en raison du privilège de juridiction, à la fois prépondérant en droit français et déterminant dans la formulation du privilège³⁶⁴.

est absolu; ce n'est que très exceptionnellement que les administrateurs ont la faculté d'adresser des recours préalables au juge); C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, sp. pp. 296 à 299, n° 698 à 705; pp. 379 à 387, n° 884 à 903; p. 376, n° 882 : plus l'opération dans laquelle le privilège est utilisé est marquée par la puissance publique, plus le juge se montre réticent à admettre la renonciation; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 180 et 181, et la possibilité pour un établissement public de demander au juge des référés d'ordonner l'exécution d'une décision destinée à assurer le bon fonctionnement du service public. Add. J. M. AUBY, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XIII, 1960, sp. pp. 529 à 536, plutôt favorable compte tenu des droits et des libertés, voire dans l'intérêt général des finances publiques (les risques de responsabilité); à noter, par comparaison, que le sujet n'est pas abordé en droit belge par W.-J. GANSCHOF VAN DER MEERSCH et J. SAROT alors qu'ils écrivent sur le même thème dans le même ouvrage (pp. 567 à 610).

³⁶² Rem. A. PLANTEY, "Force exécutoire", *Encycl. Dalloz*, p. 180, n° 1, pour qui l'action en justice de celui qui est muni d'un titre exécutoire est considérée comme frustratoire, à moins qu'elle ne tende à lui procurer un droit que son titre ne lui confère pas.

³⁶³ C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (pp. 2 et 3), ce que l'auteur, avec G. VEDEL, présente comme ayant "quelque chose de paradoxal", y compris en droit français. Le fondement de la procédure ne serait donc pas que force doit rester à la loi, mais bien le privilège de l'administration, "haussée au-dessus du droit commun, au-dessus des libertés publiques" (p. 10). Comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 138, qui, par souci d'inégalité, parle de procédés "vulgaires" à propos des procédures de droit commun. Même étonnement, mais autrement formulé, par NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 54 : il se demande en vertu de quoi le juge judiciaire accorde l'exécution forcée aux particuliers et pourquoi le juge administratif ne peut pas accorder l'exécution forcée lorsqu'il a constaté que la prétention du demandeur est fondée. En droit belge, la réponse peut être trouvée dans le partage juridictionnel, en plus de la compétence précise et limitée du Conseil d'État. Seul le deuxième élément est valable en droit français. On perçoit mieux, de la sorte, combien le cantonnement du juge administratif à une compétence d'annulation a pu longtemps arranger l'administration française, conformément à la mentalité propre à l'époque.

³⁶⁴ Comp. M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 8 à 10 : pour l'auteur, la configuration spécifique du système français a conduit, à travers la décision exécutoire, à considérer longtemps que l'analyse partielle de ROMIEU de l'intervention directe de l'administration était complète. Le problème est simplifié lorsqu'une décision administrative n'est pas systématiquement nécessaire pour permettre l'intervention du juge : comme en Belgique, précisément.

La situation est toute différente en droit belge où l'intervention du juge judiciaire n'est pas limitée aux obligations civiles, mais s'étend aux obligations administratives³⁶⁵. Dans ce cadre, se passer du juge judiciaire pour recourir à l'exécution forcée, en l'absence de dispositions pénales, revient à déroger au droit commun³⁶⁶. Le système de l'exécution d'office dans son ensemble perd par conséquent une grande partie de sa légitimité en droit belge puisque, en application du droit commun, l'administration est en mesure de s'adresser au juge judiciaire pour demander l'autorisation de recourir à la force, au besoin en référé, voire sur requête unilatérale^{367 368}.

Pour reprendre les termes de l'arrêt "La Flandria", les gouvernants sont soumis aux lois et notamment à celles qui organisent les droits civils, dont la fonction n'est pas seulement de limiter, mais aussi de permettre les activités, à défaut de règles particulières. Comment sinon expliquer qu'il est loisible à l'administration de contracter à l'instar du particulier, sous réserve de textes particuliers ?

Au demeurant, toute illégalité est constitutive de faute, ce qui vaut également pour les particuliers et, au besoin, permet à l'administration de demander au juge qu'il y soit remédié³⁶⁹.

365 Réciproquement, toute illégalité est susceptible d'être sanctionnée en droit belge, au nom de la voie de fait, sauf à jouer sur les conditions de la responsabilité.

366 D'où précisément la légitimité - supplémentaire - du privilège en droit belge.

367 Voy. par exemple en matière non pécuniaire : civ. Huy (réf.), 26 septembre 1972, *J.T.*, 1972, p. 626; civ. Namur (réf.), 27 septembre 1991, *Droit communal*, 1992, p. 95; F. TULKENS, "Les actions en justice des communes en matière d'environnement", *Droit communal*, 1995, p. 92 et note 13. En matière pécuniaire, voy. civ. Liège (sais.), 3 janvier 1980, *Bull. contr.*, 1983, p. 2389 : le législateur, qui a accordé aux administrations fiscales de nombreux pouvoirs et privilèges, n'a pas pu vouloir les priver du recours à la saisie conservatoire, qui constitue une mesure de précaution et un droit accordé à tous les citoyens, en ce compris l'administration fiscale et ses représentants (sous peine de les obliger à le déguiser sous forme de saisie-exécution). *Add.* J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, pp. 152 et 153; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139 et note 16, impl. Comp. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750 (parmi différentes possibilités); A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 59, p. 33; M. SOMERHAUSEN, *obs.*, *op. cit.*, R.C., 1964, p. 123. L'obligation administrative est, dans cette perspective, une obligation à part entière, dont la source importe peu en ce qui concerne les règles liées à son exécution (forcée). Pas plus d'ailleurs que sa nature pécuniaire ou non. Voy. sur ce point *infra*, chapitre 2, la lecture du système, sp. n° 530.

368 Sauf peut-être lorsque l'administration est habilitée par la loi à prendre seul la décision d'exécuter d'office. Voy. à cet égard *infra*, note 372.

369 Outre les décisions déjà citées note 367, comp. la nécessité décriée d'une disposition légale expresse pour permettre au fonctionnaire délégué et au collègue des bourgmestre et échevins de demander au juge civil (comme au juge pénal) la réparation d'un dommage lié à une infraction, du moins lorsque le dommage ne lèse pas les intérêts privés de la collectivité concernée et ne leur est donc pas personnel. Voy. proc. gén. LIEKENDAELE, alors av. gén., concl. conf. préc. Cass. (aud. pl.), 26 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 888 - sp. 897 : "Sans l'intervention du législateur, il n'y aurait pas eu, dans le droit commun, de fondement légal à une action" puisque l'article 1382 du Code civil est lié à la réparation d'un dommage -; suivie par S.L.C.E., *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1990-1991, n° A-108/1, p. 124. La question est particulière dans la mesure où elle concerne surtout la remise en état des lieux en tant que mesure civile complétant la sanction pénale (voy. sur la question, outre les concl. précitées, H. VUYE, "De (eigen) aard van de herstelmaatregelen inzake stedeboouw in de rechtspraak van het Hof van cassatie. Het arrest van 12 april 1994", *R. Cass.*, 1994, pp. 217 à 221). Or, dans la logique du droit de l'exécution, ce n'est que si l'autorité est habilitée à prescrire elle-même la remise en état ou l'exécution de travaux (un pouvoir), ou encore si l'obligation légale existe dans une matière confiée à la surveillance d'une autorité particulière, que leur exécution forcée (même sans dommage) peut au besoin être demandée au juge ordinaire en application du droit commun. L'obligation - quelle que soit son origine, pourvu qu'elle soit légale - constitue ainsi la clef d'accès au droit commun des obligations. Encore qu'il puisse être défendu qu'un simple intérêt suffit : rem. sur ce

De telle manière que la situation de blocage ou de paralysie, qui a justifié l'ébauche du système en droit français, n'est pas transposable en droit belge et, partant, paraît lui ôter toute sa légitimité.

399. Une exigence constitutionnelle. En somme, même en l'absence d'un texte particulier l'y autorisant formellement, l'application du droit commun revient à permettre à l'autorité administrative belge de recourir librement au juge pour obtenir l'autorisation de procéder à l'exécution forcée d'une obligation administrative légalement générée, dans les conditions du droit commun.

La prétention inverse - la nécessité d'un texte - s'inscrirait d'ailleurs en violation des articles 144 et 145 de la Constitution, voire du droit d'accès à la justice, combinés avec les principes d'égalité et de non-discrimination. Le rôle de ces derniers n'est en effet pas déterminé à sens unique. Ils peuvent être invoqués au bénéfice des autorités administratives. Or, l'accès à la justice est "l'exercice d'une liberté publique, contrepartie de l'interdiction de se faire justice à soi-même"³⁷⁰. En conséquence, les conditions de l'action posées par le droit commun doivent être interprétées de manière à permettre l'égalité de traitement.

On songe en particulier à la qualité et l'intérêt requis pour agir³⁷¹. Ils emportent, dans le chef d'une autorité habilitée à générer des obligations déterminées, le pouvoir complémentaire de saisir le juge de droit commun pour obtenir leur exécution forcée, à l'image d'une sorte d'intérêt fonctionnel à agir, le cas échéant dans le respect de règles parfois spécifiques concernant le recours en justice.

De plus, ce sont les articles 144 et 145 de la Constitution qui attribuent au pouvoir judiciaire la résolution des contestations portant sur des droits civils ou politiques. Or, la demande administrative d'exécution forcée doit être interprétée comme l'exécution en nature d'une obligation, y compris lorsque celle-ci est d'origine légale. Il s'agit d'une contestation civile au sens large, au demeurant liée au droit de l'exécution réglé par le Code civil et le Code judiciaire. À moins d'y voir une contestation portant sur un droit politique, susceptible d'être conférée à une autre autorité juridictionnelle. Mais elle relève alors du pouvoir judiciaire, en l'absence d'une attribution légale précise dans un sens différent.

À noter que le seul tempérament éventuel à la voie judiciaire pour obtenir l'exécution forcée est celui d'une disposition légale habilitant l'administration belge à y recourir sans l'autorisation préalable du juge³⁷².

point J. SAMBON, "L'aéroport de Bierstet et les nuisances sonores", commentaire sous civ. Namur (réf., ch. vac.), 31 juillet 2000, *Journ. Procès*, 8 septembre 2000, sp. n° 2, p. 29. À noter que, dans ce cadre plus ordinaire, la sanction pénale n'est pas de nature à paralyser l'action commune. Au contraire, même, car le juge pénal ne se prononce qu'en cas d'infraction et à la demande d'une victime.

370 A. FETTWEIS, *op. cit.*, 2^e éd., 1987, n° 19, p. 33.

371 L'article 17 du Code judiciaire dispose en effet que l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former.

372 Une telle disposition déroge en effet au droit commun. La question a été abordée par M. PÂQUES en 1986, sous forme d'observations sous une décision qui appelle quelques commentaires : civ. Liège (réf.), 6 mars 1986, *Amén.*, 1986, p. 116, obs. M. PÂQUES, "L'ordre administratif d'interrompre les travaux et la compétence

du président du tribunal". Selon le tribunal civil de Liège siégeant en référé, "Quelle que soit l'étendue donnée au référé civil par le Code judiciaire, il est certain qu'une autorité publique n'est pas recevable à postuler, au provisoire, en se prévalant de l'urgence, qu'un juge ordonne la mesure qu'elle est habilitée à prendre elle-même d'office, avec le bénéfice de l'exécution immédiate". En l'espèce, un fonctionnaire délégué n'avait pas confirmé dans les cinq jours impartis un ordre verbal d'interrompre des travaux (le remblai par déversement de déchets industriels modifiant le relief du sol sans autorisation) donné par un agent qualifié, avec apposition de scellés, conformément à l'article 68 de la loi du 29 mars 1962 modifié par la loi du 22 décembre 1970 (CWATU, article 70). Il avait préféré demander au juge des référés d'ordonner sous astreinte l'interdiction immédiate de poursuivre les travaux entrepris. Le juge constate que l'administration est habilitée par la loi à prendre la même mesure d'interdiction, à l'assortir des mesures nécessaires pour assurer son application immédiate et même à demander que sa violation soit sanctionnée par une peine d'emprisonnement de huit jours à un mois. À son estime, la demande est donc dépourvue de fondement juridique. Une telle décision est critiquable. Il ressort en effet clairement de la motivation que la crainte du juge s'est cristallisée autour d'une "privatisation" du régime pénal qui permettrait demain au Ministère public de demander en référé civil qu'il soit fait défense de "délinquer" à chaque personne suspectée de le faire, notamment si elle n'a pas encore atteint la majorité pénale. Pour le juge, ce serait donc le régime pénal qui s'opposerait à ce que le juge prononce un ordre de police. Il n'autoriserait pas les pouvoirs publics à "délaisser les prérogatives de droit public qui leur sont reconnues pour prévenir et lutter contre la délinquance, en leur préférant des peines privées, préalablement évaluées par le juge des référés et exécutées par la demanderesse et à son profit, pour sanctionner une interdiction de commettre à l'avenir ou de continuer à commettre tel type d'infraction".

Un tel raisonnement est spécieux. M. PÂQUES permet de le montrer, malgré qu'il approuve la décision du juge sur ce point (sp. p. 121, n° 10), en dépit d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en sens contraire (Bruxelles, 20 avril 1983, A.P.M., 1983, p. 70, réformant, mais pas sur ce point, civ. Bruxelles, 7 janvier 1983, A.P.M., 1983, p. 24. Au terme de l'arrêt, la procédure particulière de l'article 68 n'exclut pas la procédure de droit commun de l'article 584 du Code judiciaire. En l'espèce, la balance des intérêts a finalement penché pour le titulaire du permis non manifestement illégal dont le dommage est "hors de proportion avec les avantages" de l'administration en l'espèce). Au demeurant, l'auteur prend soin de préciser que l'intervention du juge des référés n'est pas écartée lorsque l'administration ne dispose pas de pouvoirs particuliers aux mêmes effets que la décision que peut prendre ce juge.

Les deux arguments que M. PÂQUES avance pour établir le premier principe n'emportent pas l'adhésion. Le premier argument est "d'espèce". Le pouvoir de police a été attribué à l'administration en 1970 pour remédier à l'échec de la procédure initiale qui requerrait précisément la postulation auprès du juge de la suspension des travaux. Demander au juge l'interruption des travaux consacrerait ainsi un retour à la situation de 1962 que le législateur a expressément voulu abandonner en 1970. À cela, il peut être répondu que, comme l'auteur l'établit au demeurant en note 1, n° 3, p. 117, l'abandon de la procédure judiciaire était justifié par la jurisprudence des présidents qui exigeaient que des poursuites fussent engagées pour ordonner l'interruption, ce qui était rarement le cas en pratique. En conséquence, refuser aujourd'hui l'intervention du juge au motif qu'il doit utiliser les voies pénales ou autres est contraire à l'objectif du législateur en 1970, et non l'inverse. Et tant mieux si l'astreinte judiciaire est plus efficace que les sanctions spécifiques prévues par la loi. Le comble serait justement de vouloir priver l'administration d'un remède efficace, disponible au commun des mortels, et donc au mépris du principe d'égalité et de non-discrimination, alors que le texte particulier a pour objectif évident de permettre l'efficacité administrative. Le législateur a sans doute voulu remédier à la jurisprudence des présidents en modifiant l'article 68 de la loi précitée de 1962, qui pouvait être interprété jusque-là comme modifiant l'article 584 du Code judiciaire (encore qu'il s'agisse d'une compétence générale du président en affaires urgentes). Mais l'argument ne vaut pas en sens inverse, dans sa nouvelle version.

Le second argument est "de portée plus générale". Il ne conviendrait pas, à l'estime de M. PÂQUES, que l'autorité administrative, soumise à des contrôles politiques et démocratiques, se décharge de sa responsabilité sur des juges qui ne répondent de leurs actes devant aucune instance. À suivre un tel argument, on en reviendrait presque au système de l'administration-juge. L'argument est clairement d'origine française. Par ailleurs, il faut rappeler que le pouvoir d'appréciation lié à l'article 68 est limité à deux hypothèses très précises qui emportent une compétence quasi liée : la réalisation sans permis ou en méconnaissance du permis. Quant à la responsabilité des juges, est-elle si peu adaptée aux infractions en matière d'urbanisme qu'il conviendrait de les écarter entièrement ? *Add.*, à la faveur d'éléments particuliers, civ. Anvers (réf.), 10 janvier 1973, *Entr. dr.*, 1976, p. 99, obs. G. DAENS et M. VAN ACKER : interruption accordée par le président sur base de l'article 584 du Code judiciaire, mais après avoir dénoncé la voie de fait du bourgmestre en ayant ordonné l'interruption des travaux alors que les prescriptions de l'article 68 n'avaient pas été respectées ; l'interruption vaut dans l'attente d'un arrêt

400. Ses conséquences sur le système. Ainsi, la transposition du système français de l'exécution administrative en droit belge butte avant tout sur son caractère jurisprudentiel.

En droit français, l'inapplication de principe du droit commun à l'administration rendait en effet nécessaire un texte général en matière d'exécution. Mais, à défaut d'un texte comparable à ceux du Code civil, le juge administratif a pallié à la carence législative. Il s'est efforcé de concilier les nécessités de l'action administrative et les droits des particuliers, de mettre un frein à l'exercice des prérogatives de la puissance publique, de faire en sorte que le régime administratif (français) ne soit pas celui de l'arbitraire et du despotisme³⁷³. Mais avec quelle légitimité en droit belge ?

Dès lors que l'on soutient l'application du droit commun en droit administratif belge, on diminue nécessairement toute valeur dérogoire, qu'elle soit au demeurant législative ou jurisprudentielle.

Du point de vue légal, d'abord, l'existence de sanctions pénales n'a plus la même signification. Elle n'a plus pour objet de priver du recours éventuel au privilège car, à l'inverse, son absence ne le permet pas non plus³⁷⁴.

En effet, le Code judiciaire requiert en principe l'autorisation préalable du juge. Quant à la dérogation au droit commun, elle est d'interprétation stricte. Si elle autorise uniquement la poursuite pénale, elle ne permet donc pas le recours à la force. Mais cela seulement *a fortiori*, en vertu du droit commun, et non en vertu du système.

De même, l'existence de sanctions pénales générales³⁷⁵ n'est plus susceptible d'avoir la même portée en droit belge qu'en droit français (à savoir constituer une alternative à l'exécution d'office au sens strict, à condition de prévoir des peines suffisamment fortes). Le constat est important car de telles dispositions génériques existent en droit belge³⁷⁶. Il pourrait donc en être

du Conseil d'État devant se prononcer sur le recours introduit par la commune contre le permis obtenu du fonctionnaire-délégué sur base de l'article 54 de la loi, la commune ayant laissé s'écouler le délai utile pour refuser ou accorder le permis de bâtir ; civ. Fumes (réf.), 19 décembre 1979, rapporté par P. RONSE, *Entr. dr.*, 1982, 6.2.3., p. 28, confirmé au moins impl. par Gand (réf.), 9 février 1981, *R.W.*, 1981-82, col. 837 : rejet d'une demande de suspension d'un ordre d'arrêt des travaux introduite sur base de l'article 68 de la loi de 1962, sur intervention volontaire de voisins, et confirmation de l'ordre d'arrêter les travaux après avoir accueilli une demande de l'État belge postulant l'arrêt des travaux sur base de l'article 584 du Code judiciaire (cette dernière n'étant pas confirmée en appel) (l'espèce concerne un permis délivré en violation d'un plan particulier d'aménagement).

Encore faut-il préciser l'hypothèse très particulière de la controverse qui concerne une activité de l'administration expressément privilégiée par le législateur, ce qui ne compromet donc absolument pas le recours au juge des référés en l'absence d'un tel dispositif légal. Quant à la décision commentée, elle aurait pu faire valoir d'autres arguments tels que le défaut d'intérêt (voy. toutefois *supra*, note 369) ou la démarche frustratoire, à supposer que le recours au juge ne soit pas plus efficace.

³⁷³ O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 412 ; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 71.

³⁷⁴ Même en ne tenant pas compte de la voie judiciaire toujours disponible, à la limite.

³⁷⁵ C'est-à-dire punissant de manière supplétive l'infraction aux règlements quels qu'ils soient. Voy. *supra*, n° 347.

³⁷⁶ Rien ne sert de les détailler, puisque leur effet est neutre en droit belge. Voy. cependant A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1750 et 1751, précédé par J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p.

tiré parti pour expliquer l'absence d'exécution d'office au sens strict. L'application de principe du droit commun rend toutefois l'argument à la fois inutilisable et superfétatoire.

Du point de vue jurisprudentiel, ensuite et surtout, un système en marge du droit commun peut difficilement être élaboré par le juge, compte tenu de l'application supplétive de ce droit. Seules l'urgence très caractérisée ou la force majeure, à la limite, sont susceptibles de permettre la dispense de l'autorisation préalable du juge, sous réserve de vérification. Le cas de la "simple" urgence, quant à lui, est en effet prévu par le droit commun, à l'endroit des référés en justice.

Les dernières considérations sont appelées à être détaillées au chapitre 2, mais aussi ci-dessous, au moment d'évaluer la réalité de la réception du droit français de l'exécution administrative dans les différentes sources du droit. Pour l'heure, le mérite de la simplicité doit être reconnu à la démarche fondée sur le droit commun. Au lieu de s'évertuer à construire une théorie particulière de l'exécution administrative, le droit commun est là et il suffit à permettre à l'administration d'agir, sans pour autant recourir à la manière expéditive.

II. Une réalité contraire aux principes ?

*"Même en droit administratif,
l'histoire officielle n'est pas nécessairement l'histoire vraie."*

J. RIVERO³⁷⁷

401. Introduction. Très étrangement, on ne trouve pas en droit belge - y compris dans les écrits les plus contemporains - l'expression des différents griefs formulés au point précédent à l'égard des principes de l'exécution administrative. Certes, l'influence française a été bien réelle en doctrine et en jurisprudence, voire même en législation. Elle a véritablement occulté la question jusqu'à aujourd'hui. Il serait pourtant présomptueux de conclure trop rapidement à la réception effective et fidèle du système français de l'exécution d'office en droit positif, sans avoir égard aux exigences les plus fondamentales du droit belge. Il semble même, au contraire,

371; *Pandectes b., op. cit.*, T. 78, 1904, "Pouvoir exécutif", n° 70 à 74, col. 596; *R.P.D.B., op. cit.*, T. IX, 1938, "Pouvoir exécutif", p. 734, n° 52 à 56. Pour l'essentiel, en matière locale, les conseils communaux peuvent prévoir des sanctions pénales ou administratives déterminées pour les infractions aux règlements et ordonnances. Voy. sp. la loi du 13 mai 1999 relative aux sanctions administratives dans les communes, *Mon.*, 10 juin 1999, p. 21629. *Add.* la loi du 6 mars 1818 concernant les peines à infliger pour les contraventions aux mesures générales d'administration intérieure, ainsi que les peines qui pourront être statuées par les règlements des autorités provinciales ou communales (modifiée not. par la loi du 5 juin 1934), dont l'article premier dispose une peine concernant les infractions aux arrêtés royaux à l'égard desquelles les lois n'ont point déterminé ou ne détermineront pas des peines particulières, ainsi que les infractions aux arrêtés pris par les gouverneurs et commissaires d'arrondissement en vertu des articles 128 et 139 de la loi provinciale. Pour le reste, de nombreuses dispositions pénales viennent sanctionner de manière générale de nombreux comportements, parfois insoupçonnés, tel dans le Code pénal lui-même l'article 551, 7° prévoyant une amende pour ceux qui auront négligé ou refusé d'obéir à la sommation faite par l'autorité administrative de réparer ou de démolir des édifices menaçant ruine.

377 J. RIVERO, in *Études en l'honneur d'Achille Mestre* ..., *op. cit.*, 1956, p. 461, n° 1.

que la doctrine majoritaire (A) ne reflète pas l'état réel du droit belge à cet égard. À tel point que l'histoire officielle ne serait pas nécessairement l'histoire vraie.

Seule l'observation permet d'en avoir le cœur net, en jurisprudence (B) comme en législation (C). "Dans la mesure où l'on ne peut se contenter de la seule force probante des termes, il semble nécessaire de rechercher au sein de ces procédés ce qui est exorbitant et qui permet de dire qu'ils sont une manifestation de l'idée de puissance publique"³⁷⁸.

A. En doctrine

402. Une doctrine globalement favorable au privilège. Contrairement à ce que M.-A. FLAMME avance dans son précis, la doctrine belge ne s'accorde absolument pas pour refuser toute contrainte matérielle d'office en l'absence d'habilitation légale, en se fondant généralement sur l'article 78 (105) de la Constitution³⁷⁹. Les ouvrages généraux s'y montrent plutôt favorables. Mais sans toujours accepter pour autant ce qu'il est maintenant convenu d'appeler l'exécution d'office au sens strict, contrairement à ce que laisse entendre cette fois A. VANDER STICHELE³⁸⁰.

Aucun des auteurs ne fonde toutefois sa théorie sur une réalité juridique solide. Tel est peut-être le constat le plus inquiétant. Les écarts de conception ne sont pas vraiment étayés en droit positif.

L'assurance de M.-A. FLAMME dénote néanmoins sérieusement par rapport à "l'étonnante incertitude" dont D. DÉOM fait état, en 1990, concernant la mesure dans laquelle le recours à l'action d'office (pour elle) est admis³⁸¹.

378 M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 67. La démarche est relativement neuve à l'époque, car jusque-là la doctrine s'est contentée de se convaincre de l'existence de procédés exorbitants (p. 68). Comp. BOUCHENÉ-LEFER, *op. cit.*, *Revue pratique de droit français*, 1864, p. 436 : "(...) en groupant les divers cas qui se sont présentés dans la pratique, en distinguant l'objet des conclusions soumises au Conseil, en classant par catégories les diverses espèces d'actes appréciés par lui, nous pensons qu'on peut à la fois expliquer par une raison dominante les solutions données, prévenir la nécessité de solutions analogues, établir enfin, pour la conduite à suivre ou les décisions à attendre dans l'avenir, quelques règles secondaires et générales qui n'auront besoin que d'être énoncées pour être comprises, et qui peuvent par conséquent être supposées connues d'avance".

379 M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19, suivi très fidèlement par I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, p. 35. Le premier auteur se fonde apparemment sur A. VANDER STICHELE ("notamment", mais il s'agit du seul auteur cité). Mais il remarque aussitôt que, selon ce dernier, si le législateur n'a pas assorti de peines le défaut d'exécution, on peut admettre qu'il a estimé convenable de confier cette exécution à l'administration même. En l'espace de deux phrases, autrement dit, il soutient le contraire, bien qu'il se soit limité à un seul exemple. De plus, il semble que M.-A. FLAMME voulait distinguer la doctrine belge du droit français, mais son exemple d'A. VANDER STICHELE est présenté comme excluant l'action d'office "comme en France" lorsque la loi prévoit une sanction pénale. Bref, non sans contradictions.

380 A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754. L'auteur est opposé à cette forme d'exécution d'office qui n'aurait pas développé de racines en droit positif.

381 D. DÉOM, *op. cit.*, 1990, p. 123, n° 74, note 12.

403. Avant P. WIGNY. Avant P. WIGNY, la doctrine procède par affirmations. Le privilège est affirmé, malgré qu'on en taise le nom³⁸². La conception est empirique, dans un contexte immunitaire ou de faible contrôle.

On mentionnera en particulier A. GIRON, dont l'influence est certaine jusqu'à aujourd'hui et dont l'enseignement est encore avalisé sans condition par M. SOMERHAUSEN³⁸³ en 1964,

382 Voy. *supra*, titre I, chapitre 2, n° 194. Voy. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", pp. 162 à 165 (sauf les actes - de gestion - passés devant l'autorité administrative); *Pandectes b.*, *op. cit.*, T. 78, 1904, "Pouvoir exécutif", n° 11, col. 586; O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12 et note 2 : le principe est l'exécution d'office, sous l'influence de GIRON, mais on pressent une perplexité dans l'énumération de "nombreux textes" et la mention d' "hésitations" et "controverse" à propos de l'exécution d'office" requérant d'indiquer "certains principes importants, pratiquement trop ignorés" (idr); *R.P.D.B.*, *op. cit.*, T. V, "Exécution (...) en matière civile", p. 64, n° 433 : en ce qui concerne l'exécution, "Aux actes notariés, il faut assimiler les actes administratifs, tel le rôle rendu exécutoire par la directeur des contributions"; L. MOUREAU, *op. cit.*, 2^e éd., 1946, n° 4 à 8, pp. 6 à 9, et sp. n° 169, pp. 143 et 144, où l'auteur se réfère à GIRON et ORBAN avec cette remarque qui ne tempère que modestement le principe de l'exécution *sans formule*, avec des exemples au demeurant mal choisis: "Exécution préalable ne signifie pas nécessairement (...) exécution avec des exemples de la police l'administration dispose d'autres moyens d'assurer l'exécution de ses décisions exécutoires (commissaires spéciaux, retenue sur traitements, etc...)". La méthode a fait des émules encore après P. WIGNY : R. WILKIN, *op. cit.*, 1958, not. p. 15 (force exécutoire) et du même auteur, *op. cit.*, 1963, p. 8, n° 1, et n° 5, p. 10; M. SOMERHAUSEN, *op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 15. En définitive, le plus circonspect est J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 369 et 370 et notes, pour qui aucun fonctionnaire n'a d'autorité en dehors de ses attributions et du ressort légaux. Ses propos sont toutefois ambigus. D'un côté, "se plaçant au point de vue des faits" (?), il semble que ce soit le législateur qui attache la force d'exécution aux actes de certains fonctionnaires ou collègues administratifs. Mais d'un autre côté, "Les actes qui émanent du pouvoir exécutif, agissant au lieu et place du législateur" (les actes administratifs "dans le sens le plus énergique du mot" (?), apparemment par distinction avec les actes privés (!)) "emportent exécution parée, sans avoir besoin d'autre formalité" (autrement dit sans le *pareatis* du juge, par lui-même, en vertu de lui-même - elle suppose une signification quelconque -). Les exemples qui suivent mentionnent des textes légaux, mais il s'agit de juridictions administratives, si bien qu'il ne peut rien en être déduit avec certitude.

383 M. SOMERHAUSEN, *obs.*, *op. cit.*, R.C., 1964, p. 123 : "La doctrine de GIRON nous paraît toujours exacte". L'auteur reconnaît cependant p. 124 l'influence de la voie de fait en référé sur le principe de l'exécution parée et l'infiltration de la doctrine française y compris dans l'arsenal législatif belge (!) dont il donne l'exemple de l'article 68 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, qui porterait "entrave au pouvoir de l'administration", avec ce commentaire fort osé du point de vue de la hiérarchie des normes, à plus forte raison encore si l'on sait que l'exécution d'office suppose une loi qu'un règlement peut seulement venir appliquer : "Alors que les règlements de police en matière de bâtisse prévoient généralement l'exécution d'office des interdictions de bâtir en violation, l'article (...) subordonne l'interruption de travaux illicites à une ordonnance du président du tribunal de première instance statuant en référé". L'auteur s'étonne au demeurant qu'une disposition permettant au bourgmestre d'intervenir en cas d'urgence exceptionnelle, à charge d'en saisir ensuite et que statue le tribunal compétent, ait disparu comme par enchantement du projet initial. Il en dénie le résultat par une ordonnance qui, selon lui, constituerait "une étrange conception de la séparation des pouvoirs" ... Dans cette ordonnance, le juge des référés aurait en effet considéré comme une voie de fait le refus d'un collègue des bourgmestre et échevins d'autoriser l'enlèvement de sable sur une étendue de trois hectares et une profondeur de trente centimètres, parce qu'il estimait le travail litigieux économiquement et socialement utile. La consultation de l'ordonnance (civ. Anvers (réf.), 1^{er} février 1963, *ibidem*, p. 156) permet de nuancer ces propos. En application de la disposition précitée, la commune demandait en réalité au juge d'ordonner l'interruption des travaux effectués sans autorisation. Le juge a refusé de l'accorder et de considérer les travaux comme une voie de fait, et non l'inverse, parce que, comme l'invoquait un défendeur, les travaux concernés ne requerraient pas une autorisation à défaut de constituer une modification sensible du relief du sol. Mais, cohérent avec lui-même, le juge n'autorise pas à dépasser les trente centimètres. Trois éléments l'ont certainement influencé : le fait que contractuellement le remplacement du sable par de la bonne terre était prévu sur la propriété privée; le fait que le sable était destiné à un travail d'intérêt public le cas échéant entravé, à savoir la construction d'un pont; et le fait qu'en l'espèce la décision motivée de refus n'était même pas produite.

malgré que le système de l'exécution administrative soit né en France entre-temps : "Les actes qui émanent directement du pouvoir exécutif sont exécutoires par eux-mêmes, indépendamment de toute formule, du moment qu'ils sont légalement portés à la connaissance du public et des intéressés"³⁸⁴. Dans ce cadre, même l'urgence ne peut pas avoir la vocation d'une dérogation. Car l'exécution n'est pas judiciaire.

404. Nuances. Différents "écarts" méritent cependant d'être mentionnés.

C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, surtout, alors qu'ils tentent de déterminer les actes emportant exécution parée, considèrent que les règles en la matière en France "peuvent être suivies en Belgique, sauf les modifications résultant de notre organisation politique et administrative"³⁸⁵. Ainsi, les actes posés par le Roi en tant que chef du pouvoir exécutif, une fois obligatoires après publication ou notification, sont exécutoires "sur les personnes et sur les biens *s'il y a lieu*, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, ni d'autre titre". Mais les auteurs vont alors jusqu'à mettre en question l'existence même des privilèges, en indiquant que de tels cas d'exécution parée sans formalité ni autre titre que l'acte administratif "ne peuvent guère se présenter dans l'état actuel de notre législation, qui place les personnes et les propriétés sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire" (d'où l'expression "*s'il y a lieu*").

La formule est ambiguë, car si le juge judiciaire belge est à même d'intervenir à tout moment pour la protection des droits subjectifs du citoyen, à sa demande, encore cette intervention serait-elle inutile s'il était établi que l'administration jouit d'un privilège général lié à l'exécution d'office. L'extrait semble donc indiquer plutôt que l'exécution parée procède par définition du juge judiciaire³⁸⁶. Ce que tend à confirmer le cas d'application légale livré par les auteurs ensuite, dont ils précisent qu'il s'agit du seul exemple qui leur vienne à l'esprit : l'expulsion d'un étranger conformément à la loi³⁸⁷. L'exemple et sa formulation laissent présumer l'absence d'un privilège général. Le lecteur est toutefois laissé sur sa faim, sans plus d'explications. Il serait donc tendancieux d'en conclure - même si c'est tentant - l'affirmation selon laquelle seule une dérogation légale permettrait d'échapper à l'exécution judiciaire.

384 A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, p. 244; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", p. 16, n° 3. Les actes concernés sont d'administration aut exécutive, contentieuse qu'économique. À noter toutefois que les exemples fournis par A. GIRON sont (déjà) tous des cas d'application légale !

385 C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 163. La réserve est de faible portée dès lors que la question est abordée sous l'angle des autorités administratives dont les actes emportent exécution parée. Il est en effet normal que celles-ci varient selon l'organisation étatique, mais sans préjudice quant au fond du problème. En témoigne l'exemple qui suit, lié à la monarchie en Belgique.

386 *Add. ibidem*, T. V, 1838, "Contentieux", p. 406 : "Dans un pays où personne ne peut se faire justice à soi-même, toute contestation exige l'intervention d'un pouvoir qui statue comme juge entre les parties contendantes : l'action de ce pouvoir s'appelle juridiction".

387 *Ibidem*, T. VII, 1846, p. 164 : "Le seul exemple qui nous vienne à l'esprit est celui d'un étranger que le Roi ferait expulser du royaume conformément à la loi du 22 septembre 1835 : l'arrêt royal qui ordonnerait cette expulsion, emporterait exécution parée contre la personne qui en serait l'objet".

A. GIRON lui-même, apparemment³⁸⁸, ne serait pas toujours sans prendre en compte le droit belge. Suivi sur ce point par O. ORBAN³⁸⁹, M. SOMERHAUSEN³⁹⁰ et apparemment M.-A. FLAMME³⁹¹ (ainsi que I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT³⁹²), il considère que "Le droit qu'a l'administration de faire procéder d'autorité à l'exécution des mesures qu'elle décrète comme puissance gouvernementale, ne fait pas obstacle à ce qu'elle s'adresse aux tribunaux pour obtenir un titre ayant force de voie parée. Les deux juridictions coexistent et se complètent mutuellement. (...) Le tribunal de répression n'intervient dans ce cas que pour renforcer l'ordre émané de l'administration"³⁹³.

Avec le recul, il est toutefois bien difficile d'identifier un apport véritablement belge à cet endroit. Au contraire, le point de vue semble en fin de compte plus français encore que le point de vue français lui-même.

³⁸⁸ Voy. M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, R.C., 1964, p. 122, selon qui A. GIRON exposerait le point de vue belge (et P. WIGNY l'opinion française). Voy. *supra*, n° 23.

³⁸⁹ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2. La seule affirmation que l'auteur fait réellement sienne est l'exécution d'office en cas de lois et règlements. L'exécution parée par soi-même est attribuée à l'enseignement de GIRON, mais sans la critiquer dans un sens ou dans l'autre.

³⁹⁰ M. SOMERHAUSEN, obs., *op. cit.*, R.C., 1964, p. 123, en prenant comme GIRON l'exemple légal de la démolition d'immeubles menaçant ruine et sans préciser non plus que le bourgmestre ne peut exécuter d'office qu'en cas d'urgence en la matière. Les deux juridictions, au sens de GIRON, ne coexistent donc pas toujours, voire même pas d'ordinaire, l'urgence étant en principe exceptionnelle. Ceci étant, il semble que M. SOMERHAUSEN n'ait pas compris le sens donné par GIRON à la "juridiction administrative" (de l'autorité administrative ...), car il remarque que le Conseil d'État (!) et le juge de police peuvent tous deux être saisis, le premier d'un recours en annulation (sans soulever de question préjudicielle comme en France, mais dans le sens inverse), le second d'un procès-verbal, à charge pour le Conseil d'État de constater la chose jugée concernant la légalité si le juge de police a déjà statué (ce que confirme au demeurant C.E., Kegelaert, n° 10.577, 24 avril 1964, R.A.A.C.E., 1964, p. 378, sur base de corr. Nivelles, 21 février 1964, R.C., 1964, p. 139, mais qui ne serait pas exact sur base d'une ordonnance de référé inédite, rendue au provisoire selon les apparences).

³⁹¹ Voy. ci-dessous, note 437.

³⁹² I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, pp. 35 et 36.

³⁹³ A. GIRON, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", n° 4, pp. 16 et 17 (sans pouvoir d'appréciation en dehors de la légalité externe de l'acte sanctionnée par le refus du concours). L'auteur utilise l'exemple de la démolition d'un bâtiment menaçant ruine sans préciser, sauf peut-être implicitement, que le bourgmestre ne peut faire exécuter les travaux d'office (au besoin, c'est-à-dire en cas de résistance) qu'en cas d'urgence ou de menace pour la sécurité publique. Rem. de manière générale pr. gén. FAIDER, alors pr. av. gén., concl. conf. préc. Cass., 28 janvier 1867, *Pas.*, I, 211, ici 218. Le proc. gén. précise le caractère légal des mesures de police formant la "juridiction de police de l'administration" pouvant très bien s'exercer dans toute sa plénitude à côté de la "juridiction répressive des tribunaux". "Elles subsistent en principe sans se contrarier; loin de là, dans leur concours, elles se prêtent un mutuel appui". Comp. pourtant Cass., 23 mars 1882, *B.J.*, 1882, col. 385, concl. conf. proc. gén. FAIDER, en matière disciplinaire. L'arrêt déclare le pouvoir judiciaire incompétent pour contraindre un agent de l'administration (un receveur) à remettre les fonds et les archives de la comptabilité à la maison communale. Il doit être interprété dans le contexte abstentionniste du pouvoir judiciaire en matière administrative en l'absence d'un objet véritablement civil. Rem. les propos du proc. gén. FAIDER, col. 388, ad : "Là (la sanction disciplinaire) est la sanction, là est la voie de droit : d'ordinaire deux voies de droit ne sont pas admises au risque de se heurter; les voies administratives sont réglées et parcourent leur sillon dans une direction précise, tout comme les voies judiciaires sont réglées dans leurs limites distinctes : c'est précisément là la raison et le fondement de la séparation des pouvoirs"; or, la sanction n'a pas le même effet.

405. Avec P. WIGNY. Avec P. WIGNY, une nouvelle ère (de conceptualisation) commence et, dans la perspective retenue, une première transposition du système français de l'exécution administrative a lieu³⁹⁴.

Tel n'est pas le cas dès 1947, lorsque les affirmations de GIRON et d'ORBAN (la règle de l'exécution parée de "la plus large application") sont encore relayées, même si elles sont déjà tempérées par les *garanties constitutionnelles* que l'on ne peut pas supprimer³⁹⁵. Pour rappel, P. WIGNY indique alors lui-même que les quelques indications qu'il donne sont encore insuffisantes pour établir une doctrine du privilège et de ses exceptions³⁹⁶.

En 1962, par contre, le système de l'exécution d'office est clairement transposé³⁹⁷ dans sa version la plus large, sans plus aucune réserve, et pourtant toujours sans aucune illustration jurisprudentielle³⁹⁸ - et pour cause, puisqu'il n'en existe pas -, avec uniquement l'énumération de quelques textes spécifiques :

"Il peut d'abord être prévu par un texte formel. (textes)

³⁹⁴ Rem. F.-E. DE VISSCHERE *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104 : il souligne la jeunesse de la doctrine belge (WIGNY et BUTTGEBACH) à l'égard des privilèges, dont il déclare suivre la méthode de présentation malgré qu'il y en ait d'autres possibles, y compris des formules. L'aveu d'une forme de désarroi ?

³⁹⁵ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65 et 66, pp. 83 et 87. N° 65, p. 83 : la liberté individuelle et la propriété privée. "Mais l'exécution préalable est admise pour des mesures *conservatoires*, comme des saisies en douane ou des mesures *urgentes de police*, comme la démolition d'un immeuble menaçant ruine". Le passage est reproduit en 1962 au titre d'"exceptions absolues" : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161. Par la suite, chez d'autres auteurs : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750 : même les défenseurs du privilège de l'exécution d'office le dénie en cas d'atteinte à la liberté individuelle ou à la propriété; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 347 et 348 : l'administration "perd" le privilège en cas de *privation* - le mot est fort et fait penser au droit français - de liberté ou de propriété. On retrouve constamment la même idée, à l'instar du droit français (voy. *supra*, n° 359). Chez F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 81, n° 107, de manière très large : les dispositions constitutionnelles, en ce compris par exemple la protection du domicile; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251 : certaines mesures dont l'objet est de contraindre le particulier dans sa personne et dans ses biens ne pourront être opérantes que par intervention préventive et protectrice du juge (expropriation, sanction pénale) et du même auteur, *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 et 139 ainsi que notes 9 et 10; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 46 : liberté individuelle et expropriation moyennant indemnité; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, p. 7 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, p. 8, très impl.; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 834, note 240, impl. *Add.* C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 163, très indirectement; L. MOUREAU, *op. cit.*, 2^e éd., 1946, n° 169, p. 144. Rem. cependant P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99, prenant comme exemple de contrainte d'office le fait de faire saisir les biens d'un débiteur récalcitrant ...

³⁹⁶ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65, p. 84.

³⁹⁷ Malgré les propos tenus en 1947 au sujet du système belge, dans le sens de l'application du Code civil aux personnes publiques, sous réserve de dérogations exceptionnelles et toujours justifiées par un texte, et ce même s'il ne serait pas impossible de citer en Belgique des cas nombreux où les dispositions du droit privé sont amendées en l'absence de tout texte exprès, ce qui, toutefois, a plus de vraisemblance en France où le droit administratif est l'œuvre prétorienne du Conseil d'État ... Voy. P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 67, p. 89.

³⁹⁸ Sauf p. 331, n° 419, mais toujours en application d'un texte, l'arrêt cité concernant la destruction d'immeubles construits en contravention des règlements, et encore mal à propos puisqu'est en cause l'obligation faite au juge pénal de l'ordonner ! Voy. Cass., 9 mars 1925, *Pas.*, 1925, I, 172, impl.

À défaut de texte, l'exécution d'office sera aussi admise moyennant diverses conditions. D'abord, il faut désobéissance ou résistance caractérisée de l'intéressé. On ne se substitue à lui qu'à la dernière extrémité. Ensuite, il faut nécessité et urgence : aucun moyen de coercition suffisamment rapide ne se trouve à la disposition de l'administration; il n'en sera pas ainsi si les textes eux-mêmes prévoient soit une procédure civile d'exécution, soit la sanction d'une pénalité. Enfin, la mesure administrative prise doit tendre uniquement à la réalisation de l'opération prescrite par la loi³⁹⁹.

La transposition est imparfaite, en particulier parce qu'elle est désordonnée. Elle intègre de manière ambiguë l'urgence parmi l'exécution d'office au sens strict. Par contre, la nécessité est combinée avec l'urgence. Et le système est affirmé comme étant exceptionnel⁴⁰⁰.

406. Le ton est donné. Avec cet extrait, le ton est donné pour longtemps⁴⁰¹, sans véritable "joute doctrinale"⁴⁰² dont faire état. Dans la foulée de P. WIGNY, rares sont en effet les auteurs à avoir cru bon de s'opposer au mouvement initié, en particulier dans le monde des traités et précis⁴⁰³.

³⁹⁹ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160, *adr. Add.* pp. 327 à 331, n° 415, 418 et 419.

⁴⁰⁰ Dans le même sens : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749 (et 1753), tout en soutenant que l'opinion générale est favorable à un privilège général; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 140; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, pp. 265 et 365; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 833; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 22 : l'*ultima ratio*. Comp. O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2 : "des cas fort nombreux prévus par les lois et les règlements"; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 59, p. 34 et les nombreuses exceptions à la règle du recours au juge; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319 : "un assez grand nombre de textes"; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, p. 21, n° 9bis : "parfois ou souvent - peu importe ici -"; et la neutralité de A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, pp. 7 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 à 9.

⁴⁰¹ Comp. sur ce point W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, *op. cit.*, T.P.R., 1987, I.1., p. 1.712, en matière contractuelle et administrative : les auteurs constatent fort à propos qu'un certain nombre de vérités "nouvelles" se figent après la seconde guerre mondiale, avec l'apparition du Conseil d'État et une nouvelle génération d'auteurs, sous une influence française incontestable. De manière plus générale, voy. à cet égard *supra*, n° 12 et s. Tel est manifestement le cas en l'espèce.

⁴⁰² Rapp. F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, p. 202, à propos de M. HAURIU, G. JÈZE et L. DUGUIT.

⁴⁰³ Ratifient simplement le système par référence aux conditions posées par d'autres auteurs belges : G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 477, note 2070; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 265, note 2. Quant à C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251 et note 3, il se limite à signaler le caractère plus limité de la prérogative, sans faire référence à des conditions posées à l'exécution forcée d'office dont il donne l'exemple d'une série de mesures au demeurant toutes légales, ce qui semble emporter sa préférence sur le plan des principes. L'auteur mentionne l'arrêt "Pittacos" (analysé *infra*, n° 445) seulement p. 393, note 1, comme une limite aux pouvoirs de police. De même, dans son précis de droit judiciaire, l'auteur utilise la formule très vague en droit positif selon laquelle le privilège ne s'explique que par l'urgence et par l'absolue nécessité qu'il y a d'user de ces contraintes pour le maintien de l'ordre public (*op. cit.*, T. I, 1974, p. 140), tout en citant un cas d'application légale : la réquisition de biens ou de services. À noter que dans les deux cas (aux mêmes endroits), la nécessité d'une loi n'est affirmée que pour les autorités administratives autres que les collectivités politiques, ce qui laisse supposer que tel n'est pas le cas en ce qui concerne l'État, les communes et les provinces.

Au contraire, même, la plupart des auteurs approfondissent la réception, en particulier A. VRANCKX⁴⁰⁴, A. BUTTGENBACH⁴⁰⁵, F.-E. DE VISSCHERE⁴⁰⁶, J. DEMBOUR⁴⁰⁷, W. LAMBRECHTS⁴⁰⁸, A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE⁴⁰⁹, H. VUYE⁴¹⁰, P. LEWALLE⁴¹¹.

⁴⁰⁴ A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, pp. 33 et 34, n° 59 et 60, avec référence à G. VEDEL, mais en limitant toutefois les cas d'exécution d'office à la loi expresse et à l'urgence ne permettant pas d'attendre une sanction pénale (sans les conditions). À noter que le déplacement d'un véhicule mal stationné, renseigné comme un cas d'urgence, ne l'est qu'en partie, car il faut pour cela que la circulation soit gênée, et sans omettre qu'un texte dispose expressément de la sorte.

⁴⁰⁵ A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 346 à 348. L'auteur se réfère abondamment à la doctrine mais aussi à la jurisprudence françaises. Seule la législation est belge. Un seul arrêt du Conseil d'État belge (l'arrêt "Pittacos") illustre le système transposé de l'exécution administrative, et encore de manière assez inadéquate, car il s'agit d'une application légale et non d'une dérogation jurisprudentielle, et qu'elle est uniquement rapprochée du principe de proportionnalité. L'auteur a néanmoins souligné la validité du système français en droit belge où sont étudiés reste à élaborer. Le système est présenté non comme exceptionnel, mais seulement limité et conditionné.

⁴⁰⁶ Sp. F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 80, n° 106 et la référence pure et simple à la jurisprudence et la doctrine française, en particulier à M. WALINE.

⁴⁰⁷ J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, pp. 308 à 310. L'influence particulière d'A. de LAUBADÈRE n'est pas cachée. Peu de jurisprudence est citée, et le seul arrêt belge lié au système est à nouveau l'arrêt "Pittacos", comme illustrant la condition de nécessité et de mesures indispensables.

⁴⁰⁸ W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, pp. 45 et 46. L'auteur semble partagé entre l'influence française qu'il reconnaît indubitable et la réflexion d'A. VANDER STICHELE, le seul auteur cité (la jurisprudence relatée n'est pas vraiment relative au système) au moment de "développer" fort étrangement l'exécution d'office sous deux privilèges, respectivement de l'exécution préalable et de l'exécution parée, au titre de "de uitvoerbaarheid". Ou l'exécution d'office est prévue par un texte, ou elle est autorisée sous des conditions strictes (mais indéterminées). La force matérielle est exclue en présence de sanctions pénales (ou administratives), sauf en cas d'urgence, le tout dans le respect du principe de proportionnalité.

⁴⁰⁹ A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, pp. 7 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 à 9. L'influence française est évidente. Mais malgré que les auteurs belges majoritairement cités soient des auteurs de précis, les cas de figure où l'exécution d'office (non formellement dénommée) est acceptée sont limités à la disposition légale (ou constitutionnelle !) expresse et l'urgence, sans faire état de conditions. Ils signalent toutefois que la loi exclut la contrainte matérielle lorsqu'elle prévoit des sanctions judiciaires, pénales ou administratives, ce qui laisse supposer qu'à défaut elle pourrait bien l'être, sans qu'il soit précisé si c'est uniquement en cas d'urgence. Il semble même que non dès lors que l'urgence est présentée comme une dérogation générale : "Même si la loi n'avait rien prévu à cet égard, la police aurait ce pouvoir en cas de nécessité". N'est-ce pas oublier que des dispositions légales organisent de manière très précise cette éventualité ?

⁴¹⁰ H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, pp. 833 à 835, documenté surtout en droit belge (doctrine) mais aussi en droit français (doctrine et jurisprudence). Dans sa perspective plus civiliste, l'auteur énonce en guise de préalable que le problème de l'exécution d'office ne se pose évidemment pas lorsque l'administration recourt spontanément au juge pour obtenir un titre exécutoire. Il limite l'exécution d'office à la loi et l'urgence exceptionnelle, mais la proscriit en présence de sanctions pénales. Cela eût pu laisser supposer qu'elle soit possible en l'absence de telles sanctions, si l'auteur ne l'avait pas démenti expressément en fin de développement. Mais à quoi sert alors l'exclusion, si ce n'est à avoir la certitude que l'exécution d'office au sens strict n'est pas autorisée ? À son estime, l'urgence liée à des circonstances exceptionnelles ne nécessite pas un texte particulier. Elle procéderait de la Constitution elle-même et de la création d'un pouvoir exécutif, lorsque celui-ci est de fait le seul à pouvoir prendre les mesures provisoires et nécessaires. À noter que les conditions strictes posées à l'exécution d'office sont uniquement relatives au cas d'urgence (p. 835, note 242).

⁴¹¹ P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, pp. 21 et 22, documenté en droit belge (doctrine) et en droit français (jurisprudence et doctrine), et très influencé par ce dernier, pour donner en quelques mots "la signification exacte de cette faculté". L'exécution d'office est permise "par exception" lorsque la loi le permet, en cas d'urgence ou lorsqu'aucun texte n'organise une sanction pénale ou civile à charge des contrevenants (ce dernier cas étant surtout

407. Paradoxes. Pourtant, les paradoxes ne manquent pas. Ils sont même parfois évidents à la seule lecture. Mais ils ne sont pas explicitement relevés ou abordés. Quelques exemples permettent d'être plus précis.

A. BUTTGEBACH, en particulier, explicite l'exclusion du privilège en cas d'action civile disponible. Il souligne qu'en France l'action civile n'est généralement pas ouverte à l'administration à raison de l'incompétence générale des juges civils pour connaître des actes administratifs. Mais il ne fait pas le lien défavorable avec le droit belge, malgré quelques développements sur le rôle des juges belges à la page suivante⁴¹².

Avant lui, P. WIGNY mentionnait déjà qu'il faut nécessité et urgence : aucun autre moyen de coercition suffisamment rapide ne peut se trouver à la disposition de l'administration, ce qui ne sera pas le cas (?)⁴¹³ si les textes eux-mêmes prévoient soit une procédure civile d'exécution (!), soit la sanction d'une pénalité⁴¹⁴.

Malgré l'affirmation des privilèges, G. de LEVAL souligne à plusieurs reprises le caractère facultatif du privilège en matière fiscale, eu égard au risque de voie de fait ou de devoir réparer (devant les mêmes tribunaux), l'administration pouvant préférer la voie judiciaire plus sûre⁴¹⁵ ...

A. VRANCKX, de manière plus subtile, énonce la règle du recours au juge pénal comme étant obligatoire en cas de sanction pénale, l'administration pouvant se constituer partie civile. À défaut de sanction pénale, l'auteur se montre plus restrictif que VEDEL et prend la peine de souligner que la compétence du juge ordinaire pour connaître des actes administratifs est trop limitée pour qu'on puisse invoquer le moyen de procédure de l'accès au juge civil afin de réduire à néant le privilège en pratique⁴¹⁶.

Plus récemment encore, dans la tradition française, P. LEWALLE affirme qu'en règle, ce serait au juge répressif qu'il incombe de sanctionner les récalcitrants et d'autoriser l'emploi de la contrainte⁴¹⁷ ...

controversé). "Certaines conditions" sont évoquées au moment de définir le privilège (p. 21), mais elles ne sont plus reprises p. 22.

⁴¹² A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 347 et note 19, et les développements n° 378, pp. 348 à 350.

⁴¹³ En France, pourtant, l'urgence vaut dérogation même en présence d'autres sanctions, sauf lorsqu'une d'elles la prévoit.

⁴¹⁴ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160.

⁴¹⁵ G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 475 à 477.

⁴¹⁶ A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 59, pp. 33 et 34.

⁴¹⁷ P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 22. *Add.* longtemps avant lui J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, pp. 308 et 309 : outre la référence très francisée à la voie de fait, l'absence d'une autre voie de droit est limitée à l'absence de sanctions pénales (condition à l'exécution d'office qui ne figure pas *in op. cit.*, 1956, n° 139, pp. 178 à 180), sans faire état de la voie judiciaire civile.

408. Un paradoxe en particulier. Parmi les paradoxes, il faut surtout signaler le caractère facultatif du privilège⁴¹⁸ et la faculté nécessairement corrélatrice de recourir au juge de droit commun en droit belge⁴¹⁹.

Cette faculté est clairement affirmée en matière fiscale^{420 421}.

⁴¹⁸ *Pro* de manière générale : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750 (apparemment); J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 308 (la faculté de l'exécution d'office). *Contra* : M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 13, p. 34 et note 4.

Rapp. Cass., 6 juin 1878, *Pas.*, 1878, I, 285 (et *contra* 22 février 1836, *Pas.*, 1836, I, 198), utilisé par P. LECLERCQ (alors pr. av. gén., concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 205) pour montrer l'indécision de la Cour à distinguer deux personnes dans l'État, de même que le caractère purement abstrait de la distinction. Selon le haut magistrat, en effet, "Le droit ainsi reconnu de choisir s'il agit comme État souverain soi-disant irresponsable ou s'il agit comme État personne civile et dès lors, responsable, montre combien est justifié votre arrêt du 5 mars 1917 supprimant cette distinction. En effet, s'il dépend des préférences de l'État d'apparaître sous l'un ou sous l'autre aspect, c'est évidemment que l'État souverain et l'État personne civile sont une seule et même personne, c'est que les expressions État souverain et État personne civile ne sont que des pseudonymes cachant dans cette matière un être unique, l'administration ou le pouvoir exécutif" (205, *id.*).

⁴¹⁹ *Rem. civ. Namur* (réf.), 27 septembre 1991, *Droit communal*, 1992, p. 95 concernant les nuisances et les atteintes aux biens d'autrui réputées commises par un trio de chiens errants, et obs. J.-M. VAN BOL déduisant artificiellement - en ce qui concerne la Ville de Namur - que le juge des référés a, de manière implicite mais certaine, reconnu ne pouvoir raisonnablement exiger de l'autorité communale la mise en œuvre d'autres mesures d'office préalables à l'action en justice en permettant (outre une astreinte et à titre provisoire) le placement des chiens en cas de nouveau flagrant délit de vagabondage.

⁴²⁰ La référence généralement avancée pour étayer ce point de vue est la matière fiscale et la procédure légale le plus souvent établie en faveur de l'administration pour le recouvrement des divers impôts, taxes et droits. Le privilège de la contrainte ou le droit d'agir "par voie d'exécution parée" est aujourd'hui unanimement considéré comme étant facultatif par la doctrine et la jurisprudence. D'un point de vue général, il convient toutefois d'être nuancé. S'il n'existe à l'heure actuelle aucun texte général ni aucune jurisprudence de principe obligeant l'administration à utiliser son privilège lorsqu'il existe, la prudence commande d'éviter toute généralisation systématique et de vérifier en particulier le libellé de chaque attribution privilégiée qui pourrait fort bien disposer de la sorte expressément. G. de LEVAL partage apparemment cette opinion en écrivant que "Il peut s'agir d'une faculté pour elle" (la puissance publique) (*op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475, *id.*), sous réserve du respect du principe d'égalité et de non-discrimination requérant une pratique non totalement discrétionnaire.

En doctrine fiscale : E. DE FAYS, *op. cit.*, *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, n° 17, p. 360; D. CHABOT-LÉONARD, *op. cit.*, 1979, p. 45; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 474 à 477; E. BOIGELOT, *in L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, p. 109, n° 1 et n° 24, p. 130; G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 617. En jurisprudence, voy. Cass., 14 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 40 : " (...) la délivrance d'une contrainte, par laquelle l'État et les organismes d'État se procurent à eux-mêmes un titre exécutoire conformément aux dispositions de l'article 3 de la loi du 22 décembre 1949 (...), est facultative; (...) au lieu de décerner une contrainte, ils peuvent saisir la justice d'une demande" par exemple en se constituant partie civile lorsque le non-paiement constitue une infraction. *Rem.* que le sommaire paru dans la *Pasicrisis* peut sembler restreindre l'exercice permis d'une action civile en dépit du privilège à l'éventualité (de l'espèce) où "le non-paiement de la somme constitue une infraction". Tel est également le cas des sommaires des arrêts cités ci-dessous concernant la constitution de partie civile. *Add.* Cass., 18 février 1986, *Pas.*, 1986, I, 749; Cass., 27 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 379. *Add. civ. Bruxelles*, 18 juillet 1888, *op. cit.*, *Rec. gén.*, 1889, n° 11.244, p. 298 (ici 299) et obs. : "Il ne peut être interdit à l'administration de renoncer à cette procédure exceptionnelle pour recourir à la procédure ordinaire réglée par le Code, laquelle est plus favorable au redevable qui y est simple défendeur à l'action (...)" La simple faculté d'emprunter la procédure privilégiée correspond du reste à la teneur du n° 64 du 30 novembre 1939 : la procédure par voie de contrainte prévue à l'article 220 du Code n'exclut pas le recours à l'assignation directe. Il y est explicitement fait référence au régime actuel consacré par l'arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 1892 précité (*Pasin.*, 1939, p. 701). Pourtant, le prescrit de l'article 220, alinéa 1^{er} semble péremptoire à la lecture : "Le premier acte de poursuite pour le recouvrement des droits ou amendes fiscales et des accessoires est une contrainte". *Contra* : M. le proc. gén. M. MESDACH de ter KIELE, concl.

La voie judiciaire est notamment conseillée lorsque l'auto-délivrance d'un titre exécutoire est risquée ou pose des difficultés, afin d'éviter peut-être l'incident suspensif⁴²², mais surtout de causer un préjudice qu'il faudra réparer⁴²³.

Les moyens de recourir au juge civil sont divers : l'assignation⁴²⁴ comme tout autre moyen de la procédure ordinaire, telles la demande reconventionnelle (par voie de conclusions)⁴²⁵ ou la constitution de partie civile⁴²⁶.

contr. préc. Cass., 24 novembre 1892, *Pas.*, 1893, I, 30, ici 34 et 35, dans le sens du privilège impératif, car la voie de l'assignation entraînerait pour l'administré des frais plus considérables. Rem. en droit social : C.T. Mons, 8 septembre 1994, *Justel*, soulignant que la jurisprudence est bien fixée à cet égard.

421 Sur la question apparentée, plus complexe qu'elle n'y paraît, de savoir si le porteur d'un titre exécutoire peut obtenir jugement de condamnation au paiement des sommes qui lui seraient dues en vertu de ce titre, voy. G.L.J. CARRE, *op. cit.*, 1841, T. IV, question n° 1.898, pp. 329 à 330.

422 G. de LEVAL parle de "conditions délicates" : *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 476.

423 La délivrance fautive d'un titre exécutoire entraîne en effet l'obligation de réparer le préjudice éventuellement causé : Bruxelles, 26 janvier 1977, *Pas.*, 1977, II, 158 (concernant la réalisation à bref délai d'une somme considérable pour le paiement sous réserve de droits de succession sur contrainte); civ. Bruxelles, 9 mai 1984, *F.J.F.*, p. 79, note p. 81, et en appel Bruxelles, 15 juin 1987, *J.T.*, 1988, p. 83 et obs. E. PEIFFER, p. 85 (une atteinte au crédit à la suite de la comptabilisation obligatoire de l'impôt réclamé mais contesté en compte d'ordre).

424 Cass., 24 novembre 1892, *op. cit.*, *Pas.*, 1893, I, 30, ici 37 et concl. radic. contr. proc. gén. M. MESDACH de ter KIELE. Dans le même sens : Cass., 29 mars 1855, *Rec. gén.*, 1855, n° 2.562, p. 508, rendu sur le pourvoi formé contre civ. Gand, 2 août 1854, *Rec. gén.*, 1854, n° 2.224, p. 477 et obs. pp. 478 et 479 (le contexte est particulier : une opposition antérieure mais irrégulière des contribuables avait été introduite, et l'administration voulait la faire disparaître).

425 Le plus souvent pour réclamer des droits supplémentaires : not. Bruxelles, 22 décembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 833, ici p. 834; civ. Bruxelles, 26 février 1886, *Rec. gén.*, 1886, n° 10.714, p. 428 (ici p. 430) et obs. (par voie d'assignation ou de demande reconventionnelle).

426 En effet, la possibilité de se constituer partie civile n'a pas été enlevée aux personnes de droit public (J. RONSE, *Schade et schadeloosstelling*, I, A.P.R., 1984 (2^e éd. par L. DE WILDE, A. CLAEYS et I. MALLEMS), n° 767) à la différence de l'initiative de l'action publique (par les lois du 8 août 1980 et du 4 août 1986). La question n'a pas toujours fait l'unanimité, même si la position de la Cour de cassation ne fait aujourd'hui aucun doute : Cass., 18 février 1986, *Pas.*, 1986, I, 749; Cass., 27 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 379; obs. A.C. sous Cass., 26 janvier 1983, *Rec. gén.*, 1985, n° 23.212, p. 303, ici p. 305 (arrêt à première vue en sens contraire); Cass. (ch. vac.), 20 juillet 1979, *Pas.*, 1979, I, 1307; Cass., 14 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 40; Cass., 28 juin 1976, *Pas.*, 1976, I, 1183; Cass., 15 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, 803; Liège, 15 janvier 1953, *Rec. gén.*, 1954, n° 19.394, p. 348 et obs. C.S., cassé par Cass., 30 mars 1953, *ibidem*, n° 19.395, p. 351, au motif que l'action civile n'est que l'accessoire de l'action publique (le prévenu était acquitté pour absence d'intention frauduleuse). Les partisans du privilège impératif soutiennent notamment que l'administration, détentrice de l'*imperium*, n'a aucun intérêt à introduire l'instance puisqu'elle bénéficie le plus souvent d'une procédure très favorable dérogeant au droit commun. Voy. avec l'emphase propre au style de l'époque, en particulier M. le proc. gén. M. MESDACH de ter KIELE, concl. contr. préc. Cass., 24 novembre 1892, *Pas.*, 1893, I, 30, en particulier 33 mais aussi 35 : "Cette direction anormale imprimée à la procédure ne mérite aucun encouragement au sein de la justice, notre devoir est de la réprimer et de lui refuser tout effet juridique"; M. le proc. gén. MESDACH de ter KIELE, alors prem. av. gén., concl. conf. préc. Cass., 8 juillet 1880, *Pas.*, 1880, I, 266, en particulier 268; M. l'av. gén. DECUYPER, concl. préc. Cass., 17 avril 1840, *Pas.*, 1840, I, 370; Cass., 11 mai 1849, *Pas.*, 1849, I, 261 et concl. conf. M. le pr. av. gén. DEWANDRE : "une citation en justice serait déclarée nulle"; la thèse de la demanderesse in Cass., 18 février 1986, *Pas.*, 1986, I, 749 (ici 751). Il faut préciser le contexte particulier des arrêts de 1849, 1880 et 1892. La tolérance d'une voie judiciaire semblait conduire à reconnaître que la demande d'expertise par l'administration des successions du chef d'insuffisance dans la déclaration de la valeur d'immeubles, demande qui au terme de la loi se fait par voie de réquisition signifiée à l'héritier, ne constituait pas une poursuite judiciaire interruptive de la prescription biennale au terme de l'article

409. Le courant majoritaire réceptif au droit français. En dépit de ces paradoxes, la doctrine majoritaire est donc plutôt réceptive au droit français. De manière générale, on peut commenter que le système réceptionné intègre le plus souvent les hypothèses de la loi particulière et de l'urgence⁴²⁷. Il rejette parfois l'exécution d'office au sens strict. Plus exactement, il l'omet, le cas échéant.

En effet, peu d'auteurs limitent expressément l'exécution d'office à ces deux hypothèses - l'urgence ou la loi - en précisant de manière explicite qu'en dehors d'elles l'autorité administrative n'en a pas besoin⁴²⁸. Une telle attitude prête à confusion. Car l'exclusion de l'exécution d'office en présence de sanctions pénales est toujours susceptible d'être interprétée *a contrario*⁴²⁹.

410. Des conditions floues. Quant aux conditions posées par la jurisprudence française, lorsqu'elles sont mentionnées en droit belge, il est très difficile de les distinguer des hypothèses liées à l'exécution d'office⁴³⁰. Il est donc souvent embarrassant de se représenter la valeur

26, dernier paragraphe de la loi du 27 décembre 1817. En 1892, la Cour établissait clairement l'indépendance des deux questions.

Rem. sur la question en doctrine J.-P. BOURS et N. PIOTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, pp. 86 à 88; J.-Q. DE CUYPER, "Pour la reconnaissance du fisc partie civile devant les juridictions répressives", *R.G.F.*, 1987, pp. 151 à 155; W. DIERICK, "Le fisc, partie civile devant les juridictions répressives", *R.G.F.*, 5 mai 1982, pp. 107 à 117, ici pp. 112 à 115; C. SCAILTEUR, "La constitution de partie civile pour le recouvrement d'un impôt frauduleusement éludé", *J.D.F.*, 1979, pp. 385 et du même auteur *Rép. fiscal*, 1949, pp. 155 à 161; H. VAN EECCKE, note d'obs. sous civ. Charleroi, 1^{er} février 1955, *R.J.D.A.*, 1955, p. 148, ici p. 155 (il peut s'agir d'une constitution de partie civile devant les conseils de guerre dans l'hypothèse où des infractions ont été commises dont seules les juridictions militaires peuvent connaître).

427 Dans ce sens précis : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1749 à 1755; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, pp. 33 et 34, n° 59 et 60; C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 140; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, pp. 7 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 à 9; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, pp. 833 à 835. Mais pas A. VANWELKENHUYZEN (ni P. QUERTAINMONT) qui limite(nt) l'exécution d'office à l'hypothèse de la loi expresse et particulière. Voy. *infra*, note 440 et n° 414.

428 A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1754 et 1755; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 835.

429 Rem. ainsi H. VUYE, *op. cit.*, 1995, p. 836, n° 814 et note 248, malgré n° 813, p. 835. Dans une thèse en droit des biens, l'auteur souhaite réhabiliter un jugement réformé du juge de paix de Duffel selon lequel seul le juge était compétent pour forcer au respect d'une servitude d'utilité publique, sous peine de voie de fait en cas d'exécution d'office administrative. Malgré que l'argument ne figure pas dans le jugement, l'auteur souligne la présence de sanctions pénales dans la loi en cause (du 10 mars 1925) pour exclure ainsi l'exécution d'office. Au sens strict, l'argument ne fait pourtant que confirmer l'absence d'autorisation expresse à exécuter d'office. Voy. J.P. Duffel, 4 octobre 1961, *R.W.*, 1963-1964, col. 1668, réformé par civ. Malines, 24 juin 1963, *R.W.*, 1963-1964, col. 1664 et *R.C.*, 1964, p. 118, obs. M. SOMERHAUSEN (selon M.-A. FLAMME).

430 Sont déjà plus fidèles au système français : A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 346 et 347; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 308 à 310, malgré qu'il ne distingue pas les hypothèses des conditions en y maintenant le critère de l'absence d'autre voie et en y intégrant la dérogation de l'urgence, de même que sous la condition de résistance.

dérogatoire de l'urgence⁴³¹, ou de déterminer de manière plus générale si les conditions sont applicables à toutes les hypothèses ou uniquement à l'exécution d'office au sens strict⁴³².

L' "exemple" de P. WIGNY illustre parfaitement ces ambiguïtés. Il n'y a pas vraiment de cohérence à cet égard⁴³³.

Quant à A. VANWELKENHUYZEN, il souligne que les limites dans lesquelles le privilège de l'exécution d'office peut s'exercer ne sont pas bien fixées en droit administratif belge⁴³⁴.

On a vu que tel est également le cas en droit français, en réalité. Ajoutez à cela l'absence de jurisprudence citée (et existante) en droit belge, et la difficulté à être précis est évidente à ce propos.

À défaut de texte clair, toutefois, le principe de proportionnalité devrait permettre de tempérer le prescrit législatif. Lorsque la disproportion procède de la norme législative elle-même, par contre, un recours en annulation ou une question préjudicielle devant la Cour d'arbitrage sont, selon le cas, indiqués. En n'oubliant pas de rattacher le grief aux principes d'égalité et de non-discrimination.

411. Payer ou obéir. À noter qu'en cas de sanction pénale, le citoyen n'a pas vraiment le choix entre l'exécution volontaire et la peine infligée par le juge répressif, comme il est parfois soutenu⁴³⁵. En effet, ce dernier peut très bien condamner le prévenu à réparer les conséquences préjudiciables de son infraction.

⁴³¹ Elle est confirmée par A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 347, mais son contrôle serait réservé au Conseil d'État !

⁴³² Appliquent apparemment les conditions à toutes les hypothèses : A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 346 et 347, un peu à la manière du comm. gouv. CELIER dans l'arrêt français "Mathian", en commençant par les conditions (dont la légalité fait ainsi double emploi avec l'hypothèse d'une loi expresse), sauf la condition de proportionnalité qui est reportée en fin de développements; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, pp. 308 à 310 : l'auteur semble voir dans les conditions importées du droit français des conditions auxquelles la loi peut seulement ajouter des conditions supplémentaires, l'urgence permettant néanmoins d'éviter (seulement) la résistance et l'absence d'une autre voie; l'exemple utilisé à travers les conditions est au demeurant un cas d'application légale (la démolition d'un immeuble menaçant ruine); il ajoute aussi une condition de nécessité supplémentaire à la proportionnalité formulée de manière très stricte, voire même incompatible (les mesures indispensables) avec la nécessité. H. VUYE réserve les conditions au cas d'urgence et de circonstances exceptionnelles : *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 835, note 242. Quant à W. LAMBRECHTS, il les cantonne au défaut de texte exprès, sans qu'il soit possible de déterminer si l'urgence est visée ou non (mais apparemment pas dans l'hypothèse d'un texte exprès prévoyant l'urgence) : *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 46 (conditions indéterminées). Dans le cas de A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1753, il semble que les conditions importées (sans fondement en jurisprudence) sont applicables en cas d'urgence (malgré une formulation au départ très générale) qui constitue d'ailleurs une des quatre conditions (outre le fondement légal, la résistance et la mesure du nécessaire).

⁴³³ Voy. *supra*, n° 405.

⁴³⁴ A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319.

⁴³⁵ Dans ce sens : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1751; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, p. 35, insistant sur ce que cela signifie ... En droit français : *supra*, n° 346 et J. BARTHÉLEMY,

En pratique, cela dépend surtout de l'obligation concernée et du dispositif légal tel qu'il est établi⁴³⁶. Une possibilité de transaction est souvent prévue. En cas de dommage causé, toutefois, l'autorité administrative peut requérir la réparation en nature. Le principe est de droit commun.

412. Un courant minoritaire. En marge de la doctrine majoritaire, très réceptive au droit français, il faut signaler une frange minoritaire, partagée entre une position plus française que celle des Français eux-mêmes et un point de vue belgo-belge plutôt réticent à transposer de l'étranger n'importe quelle théorie.

D'un côté, certains auteurs vont ainsi plus loin que la doctrine française contemporaine. Ils en reviennent à l'enseignement de GIRON et SOMERHAUSEN. Selon cette doctrine, le privilège de l'exécution d'office est toujours disponible, y compris en présence de sanctions pénales. On peut citer dans ce sens M.-A. FLAMME⁴³⁷, très fidèlement suivi par I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT⁴³⁸.

op. cit., R.D.P., 1912, pp. 524, 526 et 528 (soulignant que le mauvais calcul de la sanction paralyse l'administration : des obligations alternatives ou un "obligatoire facultatif").

⁴³⁶ Comp. J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 527 (en droit français). Concernant l'obligation de témoigner en justice (article 80 du Code d'instruction criminelle) : "Toute personne citée pour être entendue en témoignage, sera tenue de comparaître et de satisfaire à la citation; sinon, elle pourra y être contrainte par le juge d'instruction, qui, à cet effet, sur les conclusions du procureur du Roi, sans autre formalité ni délai, et sans appel, prononcera une amende qui n'excédera pas cent francs, et pourra ordonner que la personne citée sera contrainte par corps à venir donner son témoignage". Comp. l'ancienne obligation de service militaire. Comp. cependant l'obligation du juré (apparemment alternative : l'amende et la perte à jamais du droit d'être juré), l'obligation scolaire (l'instruction obligatoire), l'obligation de se faire vacciner (liée à la dignité de la personne). L'exécution forcée est parfois impossible, comme aussi l'obligation de voter. Voy. à cet égard *supra*, n° 381.

⁴³⁷ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, pp. 15 à 20. L'auteur procède de manière très ambiguë et lacunaire, ce qui nécessite quelques explications. On peut en effet croire au départ que l'auteur est favorable à la réception. En réalité, il mélange droit français et droit belge, doctrine et jurisprudence en sens divers, à un point tel qu'il est difficile d'évaluer son opinion personnelle avec certitude. D'abord, l'hypothèse où il existe une base légale, qui fait partie du système français, est rapportée comme si elle ne l'était pas, tout en précisant qu'elle ne pose pas de difficultés (sous-entendu en droit belge, ce dont témoigne les exemples). Ensuite, pour ce qui est du cas de l'absence d'habilitation légale, l'auteur fait montre d'ouvrir le débat. Mais d'une part, il fait imparfaitement état du droit français : l'exécution matérielle d'office ne serait possible qu'en l'absence de sanctions pénales (il n'est pas question de sanction judiciaire) ou lorsque cette exécution présente un caractère urgent, sans aucune condition (si ce n'est en droit belge et tout en fin de développement, au surplus en note, avec l'arrêt "Pittacos" : le critère "absolument nécessaire" et "non disproportionné" de la mesure d'office). D'autre part, il prétend à tort que la doctrine s'accorde à dénier le privilège en Belgique, en ne citant que l'article d'A. VANDER STICHELE. De la sorte, il ignore non seulement les auteurs de précis, mais aussi A. VANWELKENHUYZEN, dont l'article est pourtant déjà cité n° 7, p. 8, note 7. Au lieu de continuer avec la doctrine, il fait subitement un détour par la jurisprudence qu'il présente également à tort comme étant négative (voy. *infra*, n° 419), pour ensuite rapidement revenir à GIRON et SOMERHAUSEN (en prenant soin de mentionner que ce dernier a également été titulaire de la chaire de droit administratif à l'U.L.B.), d'un avis opposé et apparemment majoritaire, puisque cette fois ils sont deux, et dont il déclare soutenir la thèse "par souci d'efficacité". Ladite thèse est plus française que celle des français eux-mêmes (excepté peut-être celle des premiers précis de M. HAURIJOU) : l'exécution d'office devrait être possible y compris en présence de sanctions pénales, sous peine de paralyser l'administration. À son estime, "Le privilège n'a de sens et d'effet que s'il concerne à la fois la prise de décision et son exécution matérielle, celle-ci précédant éventuellement le contrôle du juge" (n° 9, p. 20) sauf interposition en cas d'illégalité (p. 21, n° 9 bis, J.-M. FAVRESSE). Car à quoi bon reconnaître un pouvoir de décision unilatérale "si à la moindre opposition ou au moindre refus de collaboration de ceux-ci (les citoyens) l'autorité devait "mendier" du juge l'autorisation de passer à l'exécution matérielle de sa décision ?" (n° 9, p. 20) À se demander si l'auteur n'a pas

De l'autre côté, les coups portés au phénomène de réception l'ont été par voie d'articles. En effet, même A. MAST, qui paraissait au départ le moins enclin à intégrer telle quelle la théorie de l'exécution administrative en 1966⁴³⁹, s'est finalement plus ou moins rangé au système français.

Les auteurs de ces articles sont A. VANDER STICHELE et A. VANWELKENHUYZEN. Leurs coups n'auront pas été décisifs. La résonance des contributions peut même être qualifiée de décevante compte tenu de leur faible influence sur les ouvrages généraux, mais aussi sur la jurisprudence, comme l'attestent les conclusions du ministère public précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994 commenté ci-dessous (II). L'arrêt consacre en apparence la réception en droit positif. Et les conclusions s'inspirent exclusivement des ouvrages généraux.

Entre les deux auteurs, c'est A. VANWELKENHUYZEN⁴⁴⁰ qui paraît le plus clair dans l'opinion qu'il défend.

413. L'opinion d'A. VANDER STICHELE. A. VANDER STICHELE est en effet plus ambigu, sans doute parce qu'il s'attache avant tout à définir le concept très large ou controversé de la "décision exécutoire"⁴⁴¹. On peut le citer pour comme contre le privilège, en particulier à défaut de sanction pénale⁴⁴².

voulu assurer la réception des conditions françaises en mettant la barre plus haut encore, mais à un niveau franchement inacceptable.

⁴³⁸ I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 89 et 90, pp. 34 à 36, presque mot pour mot. Le seul ajout, apparemment aménagé de MAST, vise l'urgence qui ne nécessite pas de texte pour permettre l'exécution d'office dans le respect du principe de proportionnalité, selon les circonstances.

⁴³⁹ Pour rappel, A. MAST soutenait avec A. VANDER STICHELE, en 1966, que les solutions françaises ne pouvaient pas être reprises telles quelles en droit belge et que les observations faites le sont sous cette réserve en l'absence de jurisprudence (*op. cit.*, 1966, n° 9, p. 7). Or, par la suite, la dernière mention a disparu du précis (la version *post-mortem*), de même que la référence à l'auteur. Pourtant, aucune jurisprudence n'y est citée en 1989, ce qui n'est plus vrai en 1996, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994 commenté ci-dessous (II, n° 420 et s.). Dans le même genre, de manière plus édulcorée, on peut lire chez A. BUTTGEBACH en 1954 que la question des privilèges " - comme d'ailleurs la théorie des actes administratifs en général, - a été peu étudiée en Belgique et qu'elle reste encore, dans une très large mesure, à élaborer" (*op. cit.*, 1954, p. 261). L'auteur ne réfère à cette date qu'au dictionnaire de GIRON ("Exécution des actes de l'Administration publique", n° 3), au cours de L. MOUREAU (p. 143) et au précis de P. WIGNY (p. 83). Dans la troisième version de son précis, l'auteur préfère se référer explicitement au droit français, en émettant une seule réserve : celle d'une étude approfondie de la jurisprudence belge (A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 346). P. WIGNY, quant à lui, se montre dès le départ confiant dans la validité des solutions françaises en droit belge.

⁴⁴⁰ Rem. aussi P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99, se fondant d'ailleurs uniquement sur A. VANWELKENHUYZEN : le principe du recours à la contrainte doit se trouver inscrit dans la loi.

⁴⁴¹ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1748. Il s'efforce précisément de limiter ou cerner le sens de cette notion.

⁴⁴² Voy. not. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19. Selon lui, A. VANDER STICHELE exclut l'action d'office (comme en France) dans tous les cas où le citoyen a le choix entre l'exécution volontaire et la peine infligée par le juge répressif; "mais il ajoute que si le législateur n'a pas assorti de peines le défaut d'exécution, on peut admettre qu'il a estimé convenable de confier cette exécution à l'administration même" (et en effet col. 1751), alors que l'auteur n'accepte l'exécution d'office qu'en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles et exclut de toutes ses forces l'exécution d'office au sens strict (col. 1753). À la suite de M.-A. FLAMME : I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997,

Au début, on peut croire que l'auteur expose le droit français pour s'en départir complètement par la suite, surtout en conclusion, d'autant qu'aucun cas d'application convaincant du système en jurisprudence belge n'est avancé, en dehors de l'habilitation légale⁴⁴³. En réalité, il exclut uniquement l'exécution d'office au sens strict (qu'il réserve aux États fortement centralisés)⁴⁴⁴. Mais il tolère l'exécution d'office en cas d'urgence (même en présence d'autres voies), outre le cas évident de l'habilitation légale.

L'auteur peut donc être rangé parmi ceux qui reçoivent partiellement le système français, sans donner une raison valable ou structurelle à la réception partielle. Pourtant, il avait commencé l'analyse de l'exécution d'office au sens large en soulignant expressément que l'administration dispose des mêmes moyens de contrainte que le particulier, dont le recours au juge judiciaire⁴⁴⁵.

414. L'opinion d'A. VANWELKENHUYZEN. Le regard posé par A. VANWELKENHUYZEN⁴⁴⁶ est plus tranché, mais en même temps moins fouillé et moins convaincant. Il commence par considérer que les limites dans lesquelles le privilège de l'exécution d'office peut s'exercer ne sont pas bien fixées en droit belge. Mais il finit par conclure qu'il existe uniquement lorsqu'il est prévu par un texte légal.

En réalité, l'auteur n'avance aucun argument décisif en droit belge permettant de le suivre, si ce n'est peut-être l'ancien article 78 de la Constitution. Il se fonde uniquement sur A. VANDER STICHELE pour retenir que l'exécution d'office n'est permise que dans des circonstances

n° 90, p. 35. L'ambiguïté se ressent aussi dans les commentaires de H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 835, note 243. Add. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961 : col. 1754, l'auteur semble affirmer que l'exécution forcée sans texte n'est disponible qu'avec l'autorisation préalable du juge et, col. 1755, qu'elle n'est possible qu'en cas de circonstances exceptionnelles (tout en remarquant juste avant que les défendeurs du privilège - parmi lesquels il ne semble pas vouloir s'inclure - ont posé de telles conditions que sa réalisation pratique est exclue, alors qu'il applique lui-même les mêmes conditions, notamment à l'urgence). Col. 1753, cependant, l'auteur réunit les deux hypothèses dans une sorte de conclusion avant l'heure, avant d'aborder l'exécution d'office au sens strict (que l'auteur appelle "de parate uitvoering"). Rem. encore col. 1754 : alors que l'auteur s'attache à exclure l'exécution d'office au sens strict, il semble subitement l'accepter en écrivant que "De bevoegdheid om dwang uit te oefenen kan weliswaar aanvaard worden bij overtreding van wettelijke voorschriften vermits de bestuurlijke overheid in het bijzonder belast is de wet uit te voeren", mais en citant ensuite deux cas d'arrestation administrative momentanée (implicitement) prévus par la loi (la police administrative de l'ordre public : empêcher pour un garde-champêtre ou des policiers que le trouble à l'ordre public continue).

⁴⁴³ Outre l'arrêt "Pittacos" lié aux mesures nécessaires, l'auteur mentionne la destruction par le bourgmestre d'un édifice menaçant ruine en cas de résistance à l'ordre de démolir, comme une application de la résistance requise pour procéder à l'exécution d'office en urgence, alors que l'arrêt cité ne concerne pas un cas d'exécution forcée urgente, mais bien de poursuite pénale consécutive au refus. Voy. Cass., 28 octobre 1935, *Pas.*, 1936, I, 14. Les deux enseignements de l'arrêt sont la compétence du bourgmestre pour ordonner l'exécution et l'absence de contrariété d'un tel ordre avec l'ancien article 11 (16) de la Constitution, car il n'a pas pour objet de priver du droit de propriété, mais seulement de le limiter, conformément à l'article 544 du Code civil.

⁴⁴⁴ Pourtant, selon l'auteur, la prévision de sanctions pénales ou d'une autre voie de droit (dont l'exécution judiciaire comme en matière d'urbanisme) doit être interprétée comme la volonté législative de ne pas autoriser l'exécution d'office.

⁴⁴⁵ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750. Le contrôle de l'urgence est toutefois francisé col. 1753, où il est uniquement question d'un contrôle *a posteriori* par le Conseil d'État.

⁴⁴⁶ A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 319 à 325.

exceptionnelles d'urgence. Mais il n'envisage pas réellement le reste du système français qu'il se limite à énoncer partiellement⁴⁴⁷.

À partir de là, il critique les exemples donnés par A. VANDER STICHELE au motif qu'ils sont susceptibles de trouver un fondement légal dans les dispositions relatives à la police communale⁴⁴⁸. Et après avoir conclu sur cette base qu'en droit belge l'exécution d'office n'existe que lorsqu'elle est prévue par un texte légal, il focalise l'attention sur la voie de fait (la sanction de toute exécution par voie de contrainte qui est poursuivie en dehors des cas déterminés par la loi) sans même faire le lien avec l'accès au juge civil directement envisageable pour l'administration belge.

415. Critique du fondement surtout idéologique donné au privilège. En somme, la principale critique que l'on peut adresser à la doctrine belge est de n'avoir pas réellement pris en compte les spécificités de son système constitutionnel. Y compris lorsqu'il s'est agi, pour deux auteurs, de se départir du système français relatif à l'exécution administrative. Pourtant, seul ce type d'argument est susceptible d'être décisif.

À cet égard, A. VANDER STICHELE⁴⁴⁹ souligne lui-même que "la doctrine"⁴⁵⁰ - qu'il conteste - s'accorderait à tolérer l'exécution d'office au sens strict (en réalité au sens large) pour des raisons principalement idéologiques ou politiques.

Le relevé de ces motifs est significatif, toutes conceptions des privilèges confondues : l'exécution et l'obéissance obligatoires à la loi (on ne peut déduire une volonté d'inexécution de l'oubli du législateur de déterminer la voie d'exécution)⁴⁵¹, la prévalence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers⁴⁵², les "nécessités de l'intérêt public"⁴⁵³, la puissance publique⁴⁵⁴, la continuité du service public⁴⁵⁵ que ni ne peut pas dépendre de la volonté des administrés.

⁴⁴⁷ À savoir lorsque l'administration se heurte, pour l'exécution d'un acte basé sur un texte légal de portée générale, à une résistance qu'elle ne peut vaincre par d'autres moyens.

⁴⁴⁸ Les exemples relatés sont l'intervention des pompiers en cas d'incendie et la destruction d'une plantation en cas de maladie parasitaire. Le reste des exemples est directement présenté comme procédant de textes légaux - des cas d'exécution forcée plutôt que d'office - (p. 325, n° 50), comme l'atteste lui-même A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752.

⁴⁴⁹ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754 et 1755. Add. W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, p. 45 : le privilège repose surtout sur des considérations politiques de supériorité, d'efficacité et d'intérêt général.

⁴⁵⁰ La doctrine belge et/ou française ? Le texte ne contient aucune précision ni aucune exclusion sur ce point. Certes, l'auteur en vient directement après à la position arrêtée par le Tribunal des conflits. Mais il enchaîne ensuite avec la doctrine française et allemande sur le sujet...

⁴⁵¹ Le motif est celui invoqué par ROMIEU.

⁴⁵² En droit français : J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 531; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 734, p. 500; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 72 à 85 (aux dimensions théorique, pratique et historique); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, pp. 100 et 101 : "la primauté du tout sur la partie", même si "le principe explicatif et justificatif du recours à la force" est avant tout une exigence de "logique interne du système juridique" : éviter le coup de force par l'échec à l'ordre de la loi qui mettrait en péril l'existence même de la société; C.-H. VIGNES, *op. cit.*, R.D.P., 1960, pp. 760 et 777; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 403, pp. 566 et 567 (approche critique du fondement : il n'est pas de l'intérêt général de devoir réparer a posteriori les dérapages liés à l'absence d'intervention du juge, et il est d'intérêt général que les valeurs individuelles soient

respectées); R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 41 (et p. 143) : un impératif propre, le service de l'intérêt général par des moyens de puissance publique; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180; C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 62, n° 76. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749 et 1754 (pour "la doctrine"); C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 249; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, pp. 45 et 46 (concernant le privilège de l'exécution parée); M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 5, p. 7 (la prééminence de l'intérêt général et la puissance publique) et n° 9, p. 20 (en ce qui concerne le privilège de l'exécution d'office); A. MAST, A. ALLEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 3, 7 et 9, pp. 5, 6 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 3, 7 et 9, pp. 5, 6 et 8; R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, n° 43, p. 18; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 81, p. 90; I. CLOECKAERT; W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 31, n° 80. Add. auparavant O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 3, pp. 7 et 8; R. MARCQ, *op. cit.*, 1911, n° 231, p. 314. Add. aussi W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, T.B.W., 1981, p. 122 (caractère exécutoire); B. JADOT, *op. cit.*, A.P.T., 1982, n° 13, p. 247, note 24 (l'administration étant présumée agir dans l'intérêt général); K. BAERT, *op. cit.*, T.B.P., 1983, p. 117, n° 14; M. DONY, *op. cit.*, A.P.T., 1985, p. 82; E. LANCXSWERDT, *op. cit.*, 1993, n° 10, p. 11. Add. et rem. C.E., s.a. Seco DG et crts, n° 54.130, 30 juin 1995, précité.

⁴⁵³ En droit français : L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, p. 65, n° 82 : une nécessité sociale; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 160; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 343, p. 487 : l'intérêt public permet d'établir l'urgence et la nécessité comme condition jurisprudentielle de l'exécution forcée d'office. En droit belge : A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 33, p. 35, n° 68, p. 67, n° 76 et 77, pp. 73 et 74, et n° 377, p. 345; P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 81, p. 90 : les nécessités du service; concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ préc. Cass., 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1184 : "un besoin de la communauté que les gouvernants estiment nécessaire".

⁴⁵⁴ En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754 (la puissance souveraine de l'État); C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 138.

⁴⁵⁵ Rem. M. HAURIOU, *op. cit.*, *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, pp. 23 et 24 : "dans une administration centralisée, c'est la condition *sine qua non* de la continuité des services et (que) cette continuité est devenue indispensable à la vie du pays et (qu') ainsi, même dans le fonctionnement quotidien des services, se retrouve une condition de la paix matérielle". Toujours en droit français : J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, p. 841; L. DUGUIT, *op. cit.*, R.D.P., 1906, p. 424 : la marche des services publics; M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 232; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 734, p. 501, concernant le privilège du préalable; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 166; C.-H. VIGNES, *op. cit.*, R.D.P., 1960, p. 760; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 73 à 75. Rem. R. CRISTINI, "Le principe de continuité et les relations juridiques de l'administration avec ses administrés", in J.-P. GILLI (dir.), *op. cit.*, 1973, pp. 181 à 207. Comp. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 343, p. 487 (au titre d'intérêt public permettant d'établir l'urgence et la nécessité comme condition jurisprudentielle de l'exécution forcée d'office); F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, p. 776, n° 1435 : le service public en général. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1749 (et la réflexion selon laquelle il ne s'agit pas d'"een geschenk der goden") et col. 1754 (pour "la doctrine"); P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962 : des procédés exceptionnels justifiés par le principe (n° 31, p. 27) et "les services publics ne peuvent être arrêtés; l'ordre de l'autorité doit être obéi", à propos du privilège de l'exécution d'office (n° 210, p. 160) (add. P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65 et 66, pp. 85 et 87); A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 81, p. 82 : des principes généraux justifiés par la loi de continuité; ainsi que n° 377, p. 345 et n° 378, p. 349 (bonne marche); A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 52, p. 105; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 75, p. 116; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 17, pp. 51 à 54, impl., les privilèges étudiés n'étant pas expressément cités dans une liste exemplative : ils y trouvent leur "fondement" (n° 13, p. 36), leur explication (n° 18, p. 60); A. MAST, A. ALLEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 64, p. 68 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 69, p. 78 (p. 70, n° 67 en ce qui concerne précisément l'absence d'effet suspensif); R. ERGEC, *op. cit.*, T. I, 2^e éd., 1994, n° 44, p. 18; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 365; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 833, suite de la note 234, par définition en ce qui concerne le privilège du préalable; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, p. 32, n° 83, concernant le privilège du préalable; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21, concernant le privilège du préalable. Add. K. BAERT, *op. cit.*, T.B.P., 1983, p. 113, n° 5, a contrario; D. LAGASSE, *op. cit.*, 1986, n° 284, p. 468 et n° 295, p. 485; W. VAN GERVEN et M.

416. Un fondement constitutionnel défailant. Outre ce "fondement" idéologique, une partie de la doctrine, parfois confortée en cela par la jurisprudence, a timidement proposé un fondement constitutionnel au privilège, mais d'ordre très général et sans qu'il permette en conséquence l'adhésion⁴⁵⁷.

Il s'agit principalement de l'article 67 (108) de la Constitution⁴⁵⁸, au terme duquel "Le Roi fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois (...)"⁴⁵⁹, et de ses équivalents aux

WYCKAERT, *op. cit.*, T.P.R., 1987, p. 1732, 2.5.2.; D. DÉOM, *op. cit.*, 1990, n° 280, p. 423, concernant le privilège du préalable et le caractère non suspensif des recours; E. LANCKSWEERT, *op. cit.*, 1993, avant-propos, p. V (J. BORRET), et p. 10, n° 8; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1993, p. 81, concernant l'absence d'effet suspensif; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 365 : les deux privilèges; J. SOHIER, *op. cit.*, 1998, n° 192, p. 111, concernant le privilège du préalable, le caractère exécutoire immédiat; J. JAUMOTTE, in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, n° 23.3, p. 634, concernant les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. En jurisprudence : C.E., Wallays, 14 juillet 1981, n° 21.370, R.A.C.E., 1981, p. 1172; R.W., 1981-1982, col. 2027 et notes W. VAN NOTEN et R. LEYSEN, concernant l'absence d'effet suspensif, le privilège n'étant pas mentionné; C.E., s.a. Vlaamse hogescholen van het lange type (VHOLT), n° 35.658, 16 octobre 1990, R.A.C.E., sp; *Pas.*, 1993, IV, 74, impl., le privilège n'étant pas mentionné : en vertu du principe de la continuité, "les justiciables sont tenus, en principe, d'observer une décision administrative tant que le juge n'en a pas établi l'illégalité"; C.E., Berkein, n° 39.730, 16 juin 1992, R.A.C.E., 1992, sp, *Entr. dr.*, 1993, p. 69 et obs. A. DE CALUWÉ, et A.P.M., 1992, p. 141 : la suspension apporte une exception au principe comme au privilège; C.E., s.a. Seco DG et crts, n° 54.130, 30 juin 1995, *Rev. eur. dr. h.*, 1996, p. 301 et obs. B. LOMBAERT : la suspension apporte une exception au principe comme au privilège. *Add. av. gén.* F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, 578 : "C'est la "loi" de la continuité et de la régularité des services publics, dont se déduisent le "privilège" du préalable et celui de l'exécution d'office"; concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ préc. Cass., 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1184, concernant le privilège du préalable (et note 2 sous Cass., 7 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, 1087, avec référence à J. DEMBOUR et J. SALMON), ainsi que la thèse des demandeurs concernant le privilège du préalable et impl. celui de l'exécution d'office : une application.

⁴⁵⁶ Comp. plus généralement le spectre de la paralysie et de l'efficacité de l'action administrative, en particulier chez M. SOMERHAUSEN ou M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 7, p. 10 et note 4, ainsi que n° 9, p. 20 : forcer l'administration à "mendié du juge l'autorisation" priverait l'action unilatérale de tout sens; I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, p. 35. *Add. C. CAMBIER*, *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 136, 138 et 139, note 12 : par "un besoin d'accélération de l'action de la puissance publique", celle-ci "s'épargne les retards d'un recours au procès". Rem. en droit français J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 539 : au détriment des administrés; "L'administration ne peut pas se faire toute entière devant les tribunaux". L'absence d'effet suspensif des recours procède directement de l'idée de non interruption.

⁴⁵⁷ On ne peut pas tirer un enseignement décisif de la localisation des privilèges par J. VELAERS, *op. cit.*, 1999, sous les articles 12, al. 2, 13 et 146 de la Constitution. Le classement n'est en effet pas déterminé en fonction de leur fondement, mais bien selon la matière concernée par les avis publiés de la section de législation du Conseil d'État faisant référence au(x) privilège(s). Dans cette optique, le lien avec l'intervention du juge (ainsi qu'avec les droits et libertés) est naturel (et significatif) compte tenu de l'objet de la dispense concernée.

⁴⁵⁸ D'autres dispositions constitutionnelles sont parfois avancées. L'article 29 (37) au terme duquel le pouvoir exécutif (fédéral) appartient au Roi : A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 321. L'article 68 (163, al. 3) (et les lois correspondantes) qui confère au Roi le commandement des forces armées : L. MOUREAU, *op. cit.*, 2^e éd., 1946, n° 49, p. 62; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 321; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 16 et note 5. Voir de manière générale, sans mentionner une disposition constitutionnelle précise, mais en évoquant tout de même la mission fondamentale du pouvoir exécutif d'exécuter la loi, légitimant "les deux redoutables privilèges" : sp. H. BUCH, *op. cit.*, J.T., 1970, p. 740; comp. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 835 (il ressort de la Constitution même, en particulier de la création du pouvoir exécutif, qu'il est indiqué pour agir lorsque les circonstances urgentes et nécessaires l'imposent et lorsqu'il est seul à pouvoir intervenir). Rem. expr. *a contrario* A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 28, pp. 26 et 27, ainsi que n° 81, p. 82, pour

différents niveaux de pouvoir⁴⁶⁰. On trouve la trace d'un fondement comparable en droit français⁴⁶¹. Il y est invoqué en faveur du régime juridique spécial de l'administration dans son ensemble, au sein duquel figure la contrainte. À l'instar des autres dispositions invoquées, un tel fondement est en réalité vague et peu convaincant. L'accepter comme tel reviendrait d'ailleurs à reconnaître un privilège général dans le chef de l'autorité administrative, ce qui est aujourd'hui absolument inconcevable.

Les dispositions constitutionnelles sont d'autant plus insuffisantes qu'elles permettent en général d'aboutir à la conclusion inverse, à savoir la prohibition de toute exécution d'office à défaut d'un texte légal exprès.

qui le principe selon lequel les autorités administratives prennent des décisions exécutoires (tout comme d'ailleurs l'immunité d'exécution des biens de l'État) serait de création jurisprudentielle et ne se rattacherait à aucun texte de droit positif. Avec les privilèges étudiés, il participerait exclusivement du principe plus général de la continuité (nécessaire) du service public, perceptible dans la jurisprudence tant du "juge du contentieux privé" que dans celle du "juge du contentieux administratif".

⁴⁵⁹ En droit belge : *Pandectes b.*, *op. cit.*, T. 78, 1904, "Pouvoir exécutif", n° 14, col. 586; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 321, impl. à travers le bourgmestre et le commissaire de police; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 5, p. 7 (l'une des justifications du pouvoir réglementaire autonome du Roi en matière de police) et n° 9, p. 16 et note 5. Comp. Bruxelles, 26 avril 1834, *Pas.*, 1834, II, 102 (déjà cité en matière d'expulsion d'étrangers) : au pouvoir exécutif appartient le droit de prendre les arrêtés pour l'exécution des lois et le contreseing du ministre rend celui-ci responsable de l'exécution qu'il y donne directement et sans l'intervention de l'autorité judiciaire (!). Rem. impl. C.E., Pittacos, n° 4.204, 1^{er} avril 1955, R.A.C.E., 1955, p. 333; *Pas.*, 1956, IV, 78 et obs. en note; R.J.D.A., 1955, p. 214; T.B.P., 1955, p. 253 et note A. VANDER STICHELE; J.T.O.M., 1956, p. 4 et note L. GOFFIN (le pouvoir général de police propre à l'exécutif). *Contra* : C.E., s.a. publicité Gilquin, 14 juin 1989, n° 32.754, R.A.C.E., sp; R.A.J.B., 1989, p. 50; R.R.D., 1989, p. 388, note P. NIHOUL, "Les règlements communaux en matière de publicité et d'affichage"; A.P.M., 1989, pp. 92 et 93; *Amén.*, 1990, p. 23; *Mouv. comm.*, 1990, p. 318 : le pouvoir d'exécution d'office général est dénié au collège des bourgmestre et échevins en dehors du domaine public dont la commune a la gestion (à l'égard des dispositifs publicitaires établis en terrain privé), et ce malgré qu'il puise dans l'article 90 de la loi communale des pouvoirs en matière d'exécution des lois et règlements de police.

⁴⁶⁰ L'article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, auquel se réfèrent l'article 7 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone et l'article 8 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. *Add.* l'article 124 de la loi provinciale et l'article 133 de la nouvelle loi communale.

⁴⁶¹ En jurisprudence française, de nombreux arrêtés sont libellés de manière à lier intimement exécution de la loi et exécution forcée administrative, d'une manière qui dépasse vraisemblablement l'identification de l'autorité compétente pour agir au besoin de manière forcée (M. HAURIU, S., 1911, 3, 33, ici 36 : "une règle importante de la théorie de l'exécution forcée des lois par la voie administrative"). Rem. le considérant récurrent selon lequel "il appartenait au préfet, chargé comme délégué de la puissance publique d'assurer l'exécution de la loi, de (...)": C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, *Rec.*, p. 275, concl. CHARDENET; S., 1909, 3, 51, concl. et note M. HAURIU in S., 1911, 3, 33; R.D.P., 1909, p. 696 et note G. JÈZE (répertoire Haillon, du nom du maire); C.E., commune de Dieppe, 9 juillet 1909, *Rec.*, p. 674 et S., 1911, 3, 33, note M. HAURIU; C.E., commune d'Evillers, 9 juillet 1909, *Rec.*, p. 675 et S., 1911, 3, 33, note M. HAURIU; C.E., Conseil municipal et commune de Villard-sur-Thônes, 22 avril 1910, *Rec.*, p. 328 et S., 1911, 3, 33, note M. HAURIU; C.E., commune de Callian, 16 décembre 1910, *Rec.*, 1910, p. 976. Rem. déjà comm. gouv. RONJAT, concl. préc. T.C. Marquigny, 4 novembre 1880, S., 1881, 3, 81, ici 91 et 92; M. de BAUNY, *op. cit.*, D., 1903, 3, 41. En doctrine française, rem. J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 209 (l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 confiant au chef de l'État la mission d'assurer l'exécution de la loi, et définissant donc la fonction administrative par son but et non par ses moyens); J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 534 (impl.); M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, p. 554, n° 935. Comp. C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 50 : les prérogatives exorbitantes trouvent leur origine dans "la conception constitutionnelle qu'on se fait traditionnellement du pouvoir exécutif".

Il est en effet précisé à l'article 67 (108) que le Roi ne peut jamais ni suspendre ni dispenser de l'exécution des lois, en ce compris et à commencer par lui-même ...

De l'aveu même de M.-A. FLAMME, l'article 78 (105) de la Constitution, quant à lui, serait généralement avancé par la doctrine pour refuser l'exécution matérielle d'office en l'absence d'habilitation légale expresse⁴⁶². Pour rappel, la disposition stipule que "Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que Lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même".

Il ne faudrait pas oublier non plus l'article 33 de la Constitution relatif à la délégation stricte et limitée des pouvoirs (la règle est même l'interdiction de principe de la délégation). Combinées avec l'article 105, les deux dispositions permettent de soutenir la sujétion au droit commun et non le privilège⁴⁶³.

417. Conclusion. Bref, à tout prendre, s'il fallait à tout prix reconnaître une exécution d'office au sens strict en droit belge, les arguments politiques sont à la limite encore préférables. Certes, il ne s'agit pas d'arguments "purement juridiques". Mais force est de constater qu'à l'instar du principe de la séparation des pouvoirs⁴⁶⁴, certains sont à l'heure actuelle de réels principes généraux intégrés en droit positif par la jurisprudence sous influence française. Il en est parfois fait application, indépendamment de textes particuliers ou de la doctrine.

Le chapitre suivant est l'occasion d'éprouver de tels principes au contact du droit commun, qui en comporte également. À ce stade, il suffit d'indiquer qu'ils semblent suffire en doctrine à justifier le "renversement"⁴⁶⁵ opéré, en vertu du privilège, dans l'ordre de succession ordinaire des deux actes nécessaires à l'exécution forcée, à savoir l'acte exécutif et l'acte juridictionnel.

Tel est le cas en droit français où les privilèges procèdent d'une jurisprudence bien établie. Mais qu'en est-il au juste de la jurisprudence belge ? Elle pourrait bien réserver la surprise de

⁴⁶² M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19 (*contra* n° 9, p. 16 et note 5 concernant le Roi sur base des anciens articles 67 et 68 de la Constitution). Dans le même sens : A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 330 (sauf s'agissant du pouvoir central, le fondement étant alors constitutionnel : p. 321); H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 834 (sauf en cas d'urgence, le fondement est alors constitutionnel : p. 835); I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, p. 35.

⁴⁶³ Comme telle et lue isolément, la notion d'exécution de l'article 105 est ambiguë. Mise dans son contexte, elle ne peut pas fonder le principe que la loi doit recevoir exécution, au besoin forcée, même à défaut d'une loi précise dans ce sens. Cela à la manière de M. HAURIOU, *op. cit.*, S., 1904, 3, 17, pour qui "au point de vue de l'exécution de la loi, l'administration a le pas sur la justice". Comp. J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 530, note 1.

⁴⁶⁴ Rem. P. WIGNY, *op. cit.*, 1^{re} éd., 1947, n° 65, p. 83 : le privilège du préalable serait justifié par le principe de la séparation des pouvoirs (à défaut de pouvoir dispenser encore de tout contrôle).

⁴⁶⁵ R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 66 et 67. L'image est approximative car, en cas de recours au privilège, l'acte juridictionnel n'est plus vraiment nécessaire à l'exécution forcée, ni d'ailleurs nécessaire tout court. Il est éventuel en cas d'illégalité, voire même à la discrétion de l'administré. L'objectif de l'intervention du juge est alors très différent par comparaison avec l'autorisation préalable de recourir à la force.

contredire la doctrine sur la réalité de la réception des privilèges⁴⁶⁶ en droit belge. Une réalité qui serait contraire aux principes, le cas échéant.

B. En jurisprudence

418. Un état de carence annoncé. On se souvient que plusieurs auteurs ont affirmé, au milieu du vingtième siècle, l'absence d'arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État concernant le privilège⁴⁶⁷, de telle manière que "La jurisprudence belge paraît jusqu'à présent ne pas avoir été saisie de ce problème"⁴⁶⁸, essentiellement doctrinal⁴⁶⁹. La situation n'a que peu changé depuis. Aucun arrêt de principe n'a réellement été l'occasion d'élaborer une théorie jurisprudentielle comparable à ce que l'on connaît en France. Il est tentant d'ajouter en prenant partie : et pour cause.

Un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994 est pourtant cité dans la version la plus récente des précis de droit administratif belge⁴⁷⁰. La manière dont il est cité n'indique toutefois pas la consécration du système. Au contraire, même, l'arrêt vient sanctionner une considération déjà ancienne des auteurs selon laquelle "Dat een eenzijdige administratieve beslissing de burger zonder zijn toestemming bondt, betekent nog niet dat de administratie zelf tot gedwongen uitvoering kan overgaan, zonder dat zij zich daarvoor tot de rechter dient te wenden". La considération augure une réception pour le moins restrictive du système français, en dépit d'une véritable carence en jurisprudence belge.

419. Confirmation en pratique. En 1989, pourtant, M.-A. FLAMME soutient que la jurisprudence (belge) semble "en général exclure implicitement le droit pour l'administration de procéder à l'exécution matérielle d'office de ses décisions sans habilitation légale"⁴⁷¹. D'entrée de jeu, l'auteur précise cependant que la jurisprudence ne s'est pas prononcée formellement.

Sur ce point, il n'a pas tort. En réalité, la première affirmation est même plutôt douteuse. Les deux décisions de justice citées ne permettent absolument pas de conclure à l'exclusion de

⁴⁶⁶ Dans le sens qu'on a proposé de leur donner en fin de titre II. Il faut donc faire fi ici de la jurisprudence référant aux privilèges autrement définis. Au risque, dans le cas contraire, de ne plus rien y comprendre.

⁴⁶⁷ P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65, p. 84, impl.; A. MAST, *op. cit.*, 1966, n° 9, p. 7, expr.

⁴⁶⁸ A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 324. Le propos est confirmé par la première étude consacrée à la question (de la décision exécutoire) par A. VANDER STICHELE.

⁴⁶⁹ Rem. sur ce point F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 78, n° 104.

⁴⁷⁰ J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, p. 8 et note 9. L'arrêt est analysé n° 420 et s.

⁴⁷¹ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19 et note 1 p. 20, fidèlement repris par I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, p. 35.

l'exécution d'office au sens strict⁴⁷². Sans perdre de vue, au demeurant, qu'il ne s'agit pas d'arrêts de principe de la Cour de cassation.

Dans la première espèce⁴⁷³ étaient en cause la purge et la destruction par l'administration des ponts et chaussées, au moyen d'explosifs, de rochers situés sur la propriété d'une comtesse. L'administration se prévalait d'une dépêche ministérielle qui autorisait uniquement le nettoyage des roches longeant une route. Elle avait endommagé des taillis et porté atteinte au caractère pittoresque et esthétique de la propriété.

Dans son arrêt, la Cour d'appel a certes focalisé son raisonnement sur l'absence d'habilitation légale pour déclarer l'illégalité de telles mesures d'office réalisées "sans titre ni droit". Avec le recul, toutefois, la cour a procédé de la sorte parce que d'autres autorités, dans la même situation, étaient expressément investies par la loi de ce type de pouvoirs, assortis de conditions. À savoir le bourgmestre et le gouvernement, le premier aux termes des décrets révolutionnaires (en cas d'urgence), le second en vertu d'une loi particulière⁴⁷⁴.

Il peut donc être défendu que, selon la cour, il existait une autre voie de droit pour agir de manière équivalente. Ou, plus exactement encore, que les lois particulières n'avaient pas été respectées eu égard à l'autorité compétente pour agir dans la situation donnée. Avec pour conséquence que l'exécution d'office au sens strict n'était pas concernée⁴⁷⁵.

Dans la seconde affaire⁴⁷⁶, une société privée avait entreposé des déchets chimiques sur un terrain privé loué malgré plusieurs refus d'autorisation.

⁴⁷² L'arrêt "Pittacos" déjà évoqué n'en fait pas partie à titre principal, même si M.-A. FLAMME le mentionne *ibidem*, n° 9, pp. 20 et 21, note 4, pour souligner que la mesure d'office doit s'être avérée absolument nécessaire. Faut-il y voir le signe d'une portée effectivement limitée et particulière ? En outre, l'auteur semble indiquer que la décision commentée par SOMERHAUSEN (civ. Malines, 24 juin 1963, R.C., 1964, p. 118; voy. *supra*, note 383) attesterait du privilège. Dans l'espèce, pourtant, l'administré a été débouté pour cumul interdit entre le pétitoire et le possessoire. Seul un attendu aussi malheureux qu'insolite peut laisser comprendre que l'action possessoire ne peut pas être utilisée pour contrarier l'exécution des décisions administratives, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

⁴⁷³ Liège, 22 novembre 1919, R.A., 1920, p. 442.

⁴⁷⁴ L'article 4 de la loi du 25 juillet 1891 sur la police des chemins de fer qui donne au gouvernement le droit, après mise en demeure inopérante, de faire procéder d'office, aux frais du riverain récalcitrant, à la suppression totale ou partielle des constructions et des dépôts menaçant ruine et à l'abattage des arbres dont la chute est imminente. Les travaux préparatoires indiquent expressément qu'il s'agit de donner au gouvernement le même pouvoir que celui du bourgmestre dans ce cas précis (*Pas.*, 1891, pp. 310, 314 et 315). Quant à l'arrêt, il déclare expressément qu'il s'agit de la seule disposition légale qui autorise le pouvoir central à se substituer au riverain dans l'exercice de son droit de propriété, dans l'intérêt de la voirie. À noter qu'il s'agissait aussi en l'espèce d'apprécier la survivance de la législation antérieure en matière de grande voirie. Or, cette dernière consacrait précisément le pouvoir discrétionnaire de l'État de faire procéder d'office, sur les propriétés riveraines, aux réfections ou destructions commandées par la sécurité de la voirie. L'article 4 de la loi du 25 juillet 1891 atteste toutefois du contraire, sous peine de lui ôter son utilité.

⁴⁷⁵ Cela même si la cour d'appel souligne dans l'exposé des faits que les travaux ont été exécutés sans l'autorisation et contre le gré de l'intimée, sans l'avoir invitée à y procéder. Et même si, un peu plus loin, elle semble réserver le caractère nécessaire des travaux pour assurer la sécurité du passage. Bref, même si elle fait mine d'aborder plusieurs conditions requises pour permettre l'exécution d'office au sens strict...

⁴⁷⁶ Civ. Huy (réf.), 26 septembre 1972, J.T., 1972, p. 626. Il est donné acte à l'État belge qu'il se réserve le droit de réclamer le remboursement des frais et débours de l'exécution, ainsi que la réparation de préjudices éventuels.

Certes, à la demande de l'État belge et pour des raisons de sécurité évidentes, le juge des référés a accordé l'exécution provisoire de son ordonnance autorisant à pénétrer dans les locaux et à faire évacuer d'urgence les produits et matières concernés au besoin avec l'aide des autorités militaires et des services de la protection civile, après avoir constaté, comme pour justifier sa compétence (sans doute à la demande de l'État et vraisemblablement compte tenu de la jurisprudence française), que "la réglementation légale relative aux établissements insalubres et dangereux limite les pouvoirs de l'autorité à une série de mesures (cessation de travail, mise sous scellés, fermeture) dans lesquelles ne sont pas compris l'éloignement, l'évacuation et la mise à l'abri de produits et de matières dangereux". Peut-on pour autant en déduire qu'une habilitation légale était nécessaire ?

Seule la compétence du juge des référés est acquise. Mais le juge ne s'est pas prononcé par la négative sur la faculté d'exécuter d'office, vu l'urgence, des mesures en l'occurrence assimilables à celles expressément prévues par la loi.

Aussi la décision pourrait très bien être interprétée comme permettant à l'administration de choisir entre le juge ou l'exécution d'office au sens strict. Tout au plus peut-on conclure à une pratique administrative, au surplus ponctuelle, voire à une occasion manquée par le juge de s'exprimer formellement sur ce point (mais en référé).

À supposer même que le juge ait trouvé l'habilitation légale insuffisante, encore faut-il souligner la possibilité de conclure comme dans l'affaire précédente. Il existait en effet une autre voie. Le bourgmestre était même exclusivement compétent dans la matière.

420. L'arrêt "Belgaffiche" du 20 janvier 1994. Telle est donc la situation avant 1994. L'incertitude règne en jurisprudence à propos de l'exécution d'office, en dépit d'une doctrine qui se veut parfois rassurante. Mais, contrairement aux apparences, l'arrêt du 20 janvier 1994 rendu par la Cour de cassation en matière d'affichage et de publicité, semble aller dans le sens de la transposition du système français de l'exécution administrative en droit positif belge⁴⁷⁷.

L'arrêt est unique en son genre, à se fier aux commentaires⁴⁷⁸. Une attention particulière doit être prêtée aux conclusions du ministère public. En France, c'est en effet le ministère public qui est à l'origine du système de l'exécution d'office, plus que le juge lui-même.

⁴⁷⁷ Cass., 20 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, 75; *M.C.*, 1995, p. 371, chron. M. BOVERIE; *R.B.D.C.*, 1995, p. 221, n° 34, chron. F. TULKENS et J. SOHIER; *Droit communal*, 1994, p. 232 : l'arrêt est publié après celui *a quo* de la Cour d'appel de Liège du 22 novembre 1991 (pp. 229 à 232 et *M.C.*, 1992, p. 281) et il est suivi d'une note personnelle consacrée à "L'exécution d'office d'une décision communale visant l'enlèvement d'un panneau d'affichage" (pp. 229 à 243). Les deux arrêts ont également été publiés in *Entr. dr.*, 1995, pp. 92 à 95, avec des extraits du mémoire en réponse établi par la ville et les conclusions de M. l'av. gén. J.-M. PIRET, pp. 96 à 98.

⁴⁷⁸ Pour rappel, A.-M. STRANART et P. GOFFAUX écrivent que, par cet arrêt, la Cour de cassation aurait récemment appréhendé le privilège de l'exécution d'office ou forcée en des termes qui paraissent assez restrictifs : *op. cit.*, J.T., 1995, p. 437. Comp. J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, p. 8 et note 9. Quant à M.-A. FLAMME, il indique, en ce qui concerne la jurisprudence belge, qu'elle ne se serait jamais prononcée formellement (*op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19). *Add.*, en 1997 (pourant), I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENSEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 90, p. 35.

421. Les faits. Soit l'enlèvement d'office par le personnel communal d'un panneau d'affichage apposé sur le pignon d'une maison située le long d'une voie touristique dans la charmante ville de Namur, à défaut pour la société concernée d'avoir satisfait à une double mise en demeure dans ce sens.

Seul l'enlèvement d'office était contesté. L'illégalité de l'apposition ne l'était pas. Elle n'était donc pas litigieuse. Mais elle était double : contraire à l'arrêté royal du 14 décembre 1959 portant réglementation de l'affichage et de la publicité; et contraire à l'article 98 d'un règlement communal interdisant la construction de saillies sur rue, ce que constituait apparemment le panneau litigieux.

La question de savoir "si la commune pouvait sans habilitation légale procéder à l'exécution matérielle d'office de sa décision ou de celle de son bourgmestre" parvient devant la Cour d'appel de Liège, après avoir reçu une réponse négative auprès du premier juge. La cour la tranche par l'affirmative, en fondant son raisonnement sur un plaidoyer en faveur de l'efficacité ou contre la paralysie administrative. Ce plaidoyer est celui de deux auteurs expressément mentionnés dans l'arrêt au moyen d'extraits : M.-A. FLAMME et M. SOMERHAUSEN, défenseurs du "privilège de l'exécution provisoire ou privilège du préalable"⁴⁷⁹ "au service de l'intérêt général" et "dont il convient d'assurer la prévalence sur les intérêts privés"⁴⁸⁰.

On comprend mieux désormais les craintes formulées concernant la manière de rendre compte des privilèges en doctrine, dont l'influence peut clairement être décisive en pratique.

422. Le raisonnement de la cour d'appel. Le raisonnement de la cour d'appel est étrangement construit en deux temps. Premier temps. La Cour considère "que la mesure d'office doit s'avérer nécessaire". Mais, à son estime, il est "sans intérêt d'examiner si la mesure d'office doit également répondre à la condition d'urgence ou de police communale", compte tenu de la double illégalité avérée et non contestée.

Deuxième temps. La Cour prend la peine de mentionner que l'administration "n'avait pas d'autre ressource que de recourir à ce qu'elle avait annoncé". Mais elle le fait juste après avoir pris conscience qu'il était possible pour l'administration de saisir le juge pénal. Elle soutient en effet le caractère non exclusif de la voie pénale, en l'occurrence à partir des deux auteurs précités, ainsi que de GIRON, puisqu'ils le citent aussi. Elle soutient ce point de vue avec des considérations lourdes de sens maintenant que l'on connaît l'évolution des concepts : la circonstance que l'administration puisse s'adresser aux tribunaux ne la prive pas du droit de faire procéder d'autorité à l'exécution des mesures qu'elle décrète comme puissance

⁴⁷⁹ L'assimilation des deux expressions est très significative. Elle confirme le bien-fondé de l'hypothèse avancée au terme du titre II.

⁴⁸⁰ Liège, 22 novembre 1991, *Entr. dr.*, 1995, p. 92; *M.C.*, 1992, p. 281; *Droit communal*, 1994, p. 229. Rem. que les conclusions d'appel prises pour la société de publicité font état des articles d'A. VANDER STICHELE et A. VANWELKENHUYZEN, attestant ainsi un débat manqué concernant l'exécution d'office en droit belge. Quant à la citation en première instance, elle invoquait directement la séparation des pouvoirs et l'adage selon lequel "Nul ne peut se faire justice à soi-même".

gouvernementale; les deux *juridictions* coexistent et se complètent mutuellement; le tribunal de répression n'intervient dans ce cas que pour renforcer l'ordre émané de l'administration.

Les critiques adressées plus haut à M. SOMERHAUSEN, à cet égard, lui sont évidemment transposables⁴⁸¹.

423. Le débat en cassation. La Cour de cassation a limité son contrôle de l'arrêt de la Cour d'appel à la troisième branche du moyen unique soulevé, précisément consacrée à l'exécution d'office et jugée suffisante pour entraîner la cassation.

À cet égard, le mémoire en réponse établi pour la ville confirme le sens archaïque et confus du privilège invoqué : la commune a pu procéder d'office, sans jugement préalable, non pour des considérations d'urgence ou liées à l'ordre public, mais parce que le privilège repose sur le principe selon lequel l'acte administratif est présumé être conforme au droit⁴⁸² ...

Quant aux conclusions du ministère public, elles sont focalisées sur les privilèges, en particulier sur celui de l'action ou de l'exécution d'office⁴⁸³. Les considérations des auteurs de traités et précis⁴⁸⁴ (uniquement) sont mises bout à bout, l'une à la suite de l'autre⁴⁸⁵. Mais, comme les conditions posées par ces auteurs sont généralement plus embrouillées, plus floues et moins organisées qu'en droit français, le ministère public en conclut qu'à défaut d'habilitation légale, l'exécution d'office n'était permise en dehors du domaine communal qu'en cas d'urgence en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public (alors pourtant qu'il s'agit d'une hypothèse légale).

Tel semble avoir été le motif déterminant de la cassation, puisque ce qui est reproché à la Cour d'appel est d'avoir estimé sans intérêt d'examiner si la mesure d'office doit également répondre

⁴⁸¹ Voy. *supra*, n° 404, note 390.

⁴⁸² *Entr. dr.*, 1995, p. 96.

⁴⁸³ Proc. gén. J.-M. PIRET, alors av. gén., *Entr. dr.*, 1995, pp. 92 à 94. Il est fait état de la conception du ministère public au titre précédent, au fil de l'analyse. Comp. av. gén. F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578.

⁴⁸⁴ Les "auteurs (belges) spécialisés en droit administratif" et parce qu'ils reconnaissent généralement les privilèges aux pouvoirs publics. Manifestement, ils ne permettent toutefois pas d'avoir une idée claire sur les deux privilèges. Il n'y a ni consensus ni véritable théorie solide et constante sur le sujet.

⁴⁸⁵ Ce qui traduit un certain malaise. La note sous l'arrêt publié dans la *Pas.*, 1994, I, 75, renvoie également à la doctrine belge (CAMBIER, DEMBOUR, MAST). Un arrêt du Conseil d'État est également mentionné dans le sens que si l'autorité communale est en droit de faire enlever d'office tout ce qui est placé de manière illicite sur le domaine public dont elle a la gestion, en revanche, elle ne dispose pas du privilège de l'exécution d'office à l'égard des dispositifs publicitaires établis en terrain privé : C.E., s.a. publicité Gilquin, 14 juin 1989, n° 32.754, *R.A.C.E.*; *R.A.J.B.*, 1989, p. 50; *R.R.D.*, 1989, p. 388, note P. NIHOUL, "Les règlements communaux en matière de publicité et d'affichage"; *Amén.*, 1990, p. 23; *A.P.M.*, 1989, pp. 92 et 93, annulant la disposition du règlement communal attaqué. À noter qu'il reste un doute en l'espèce sur l'intention de la Cour d'appel qui était peut-être de considérer le panneau comme étant situé sur ou plutôt au-dessus de la voie publique (voy. la note in *Droit communal*, 1994, n° 6, pp. 240 et 241). Mais cela change-t-il grand chose au débat ? Même propriétaire de la voirie, la commune ne peut pas porter atteinte à la propriété d'autrui sans y être autorisée par le juge ou par la loi. Or, la loi ne prévoit l'exécution d'office qu'en cas d'urgence, d'obstacle pour la circulation ou de menace grave pour l'ordre et la tranquillité publiques.

à la condition d'urgence ou de police communale. Néanmoins, la conclusion est précédée d'une considération selon laquelle, au surplus, l'arrêt constatait l'existence d'un moyen légal permettant de mettre fin à l'affichage illégal sans exécuter elle-même et d'office sa décision.

424. L'arrêt. On le pressent, il faudrait mettre un peu d'ordre dans les conditions posées au recours à l'exécution d'office si, d'aventure, la réception du droit français devait être confirmée⁴⁸⁶.

La Cour de cassation semble avoir voulu faire un premier pas dans cette direction en suivant fidèlement l'avis de son ministère public (les conclusions sont conformes) :

"Attendu qu'à défaut de texte légal l'y habilitant et en l'absence de circonstances particulières nécessitant une intervention urgente en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public, l'autorité communale ne peut procéder à l'exécution d'office, en dehors du domaine communal, des mesures qu'elle a édictées, sans recours préalable au juge;

Attendu que l'arrêt constate notamment (...) que le panneau litigieux a été placé sur le pignon d'un immeuble d'habitation, en contravention aux dispositions de l'arrêté royal du 14 décembre 1959; que l'article 200 du Code des taxes assimilées au timbre prévoit une peine d'amende en cas d'infraction à cet arrêté; qu'en déduisant de la seule constatation du caractère illicite de l'affichage, qu'il est sans intérêt d'examiner si l'enlèvement d'office de ce panneau par l'autorité communale "doit également répondre à la condition d'urgence ou de police communale", l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que la défenderesse n'a pas commis "une voie de fait ou un abus de droit".

Les termes de l'arrêt appellent plusieurs commentaires.

425. Premier commentaire. Premièrement, à aucun moment la Haute juridiction ne se réfère directement au droit français. Elle a cru pouvoir se fier aux auteurs belges d'ouvrages généraux. L'atteste également la note figurant dans la *Pasicrisie*, de même que l'avis du ministère public.

L'on sait toutefois que les auteurs consultés se sont limités à intégrer le droit français à partir de P. WIGNY, sans véritable esprit critique lié aux spécificités du système belge, en vue de son adaptation. Sans trop le savoir, la Cour de cassation a de la sorte raisonné à partir de catégories françaises fixées par le juge administratif français et véhiculées par la doctrine belge.

426. Second commentaire. Deuxièmement, les deux attendus doivent être rigoureusement distingués, même si aucune indication particulière n'y invite expressément. En effet, les deux attendus participent de deux polices très différentes en matière d'affichage et de publicité. Ils cumulent en l'espèce deux hypothèses distinctes, correspondant aux deux illégalités commises par la société publicitaire concernée.

⁴⁸⁶ Ce dont il faut rappeler que l'on se défend en grande partie. Mais il faut envisager divers scénari.

Le premier attendu vise la police de l'ordre public dont la Cour de cassation a précisé juste avant, avec beaucoup de diplomatie mais de manière très laconique, qu'il s'agit du seul angle (en dehors de la police de l'urbanisme⁴⁸⁷) sous lequel l'autorité communale est susceptible de réglementer la matière⁴⁸⁸.

Le siège légal de la matière est l'article 135 de la Nouvelle loi communale⁴⁸⁹. Sur cette base, la ville de Namur avait adopté un règlement communal interdisant *grosso modo* les constructions en saillie, sauf autorisation, en se fondant sur des considérations de sécurité et de commodité de passage, mais sans prévoir de sanction particulière supplémentaire, semble-t-il⁴⁹⁰.

Par conséquent, malgré l'illégalité de l'apposition d'un panneau en saillie, les conditions d'intervention en terrain privé, tolérée en vertu de la Nouvelle loi communale, n'étaient pas réunies en l'espèce, "en l'absence de circonstances particulières nécessitant une intervention

⁴⁸⁷ Voy. la note in *Droit communal* au sujet de la coexistence des polices, 1994, pp. 236 à 238, n° 4 et 5. Aucune sanction ne pouvait être établie dans cette matière pour l'essentiel de la compétence régionale, et donc pas non plus le privilège de l'enlèvement (exécution) d'office de tout dispositif publicitaire placé sans permis préalable (P. NIHOUL, *op. cit.*, R.R.D., 1989, n° 14, p. 406 et note 3), mais dans ce dernier cas, de surcroît, pour une raison plus importante liée aux principes : seule la loi peut prévoir l'établissement du privilège, ce que l'on oublie trop souvent. Le confirment les exemples de mesures d'office auxquelles le bourgmestre peut recourir dans le cadre des ses pouvoirs de police générale, cités par J. DEMBOUR in *Les pouvoirs de police administrative générale des autorités locales*, Bruxelles, Bruylant, 1956, n° 139, pp. 177 et 178 : il s'agit dans tous les cas d'applications légales liées aujourd'hui à l'article 135 de la nouvelle loi communale.

⁴⁸⁸ En réalité, l'arrêt comporte trois attendus dont le premier ici concerné est le suivant : "à l'époque considérée l'autorité communale puisait le droit de réglementer l'affichage sur ou le long de la voie publique, et notamment de le soumettre à une autorisation préalable, dans les dispositions des décrets des 14 décembre 1789 et 16-24 août 1790 qui lui imposaient de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police et de pourvoir à la sécurité et à la tranquillité de la voie publique".

⁴⁸⁹ Avant la codification de la loi communale et de ses nombreuses modifications expresses ou implicites, réalisée par arrêté royal le 24 juin 1988 sous l'intitulé "Nouvelle loi communale" (*Mon.*, 3 septembre) ratifié par la loi du 26 mai 1989, article 1^{er} (*Mon.*, 30 mai), le fondement de cette compétence était l'article 78 de l'ancienne loi communale combiné avec l'article 3, 1^{er}, du décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire et l'article 50 du décret du 14 décembre 1789 relatif à la constitution des municipalités. L'article 135 de la nouvelle loi communale insère dorénavant ces articles dans la charte communale. Voy. P. LAMBERT (dir.), *op. cit.*, T. I, 1992, pp. 192 et s.

⁴⁹⁰ L'existence d'une sanction pénale, à s'en référer au système français (*quod non*), aurait conduit la Haute juridiction à suivre le même raisonnement que dans l'attendu suivant, pourrait-on penser. Rem. d'ailleurs Cass., 4 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, 735 : sur les poursuites de la commune, le juge pénal a condamné l'intéressé à l'enlèvement du panneau litigieux à ses frais et sous quinzaine. Or, en l'occurrence, le règlement contenait bel et bien des sanctions. D'une part, la disposition générale de l'article 169 du règlement général de police du 13 juin 1969 (aujourd'hui abrogé par un nouveau règlement du 21 février 1990) prévoyait, de manière beaucoup trop ambitieuse, il est vrai, que "Le Commissaire de police et ses subordonnés requerront la cessation immédiate de toutes les infractions qu'il auront remarquées et, faute par les contrevenants d'obtempérer à leur réquisition, ils feront exécuter le règlement aux dépens de ceux qui seraient trouvés en contravention". D'autre part, il eût pu être fait application de l'article 106 du même règlement dans le cas d'espèce, reproduisant en réalité toutes les dispositions d'un règlement communal sur le placement de panneaux d'affichage du 21 février 1953, dont le 6^o stipulait l'interdiction du placement de panneaux d'affichage sur les murs, même à l'intérieur des propriétés, et dont le 11^o punissait l'infraction par des peines de police tout en précisant que "Le tribunal ordonnera en outre, s'il y a lieu, soit d'office, soit sur la réquisition du ministère public ou de l'administration communale, partie civile, le rétablissement des lieux dans leur état primitif, par l'enlèvement des ouvrages illégalement exécutés, (...) aux frais des contrevenants". Il ne faut toutefois pas oublier que l'article 135 de la nouvelle loi communale, combiné avec l'article 175 de la même loi, permet directement l'exécution d'office avec la légitimité d'une norme de valeur législative en la matière.

urgente en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public". Le texte légal, autrement dit, ne permettait pas d'intervenir, à défaut d'urgence⁴⁹¹, en dehors du domaine public⁴⁹².

En première lecture, il était permis de penser, *a contrario*, que l'urgence pouvait fonder l'exécution d'office en l'absence d'une habilitation légale. Force est néanmoins de conclure que l'urgence est ici appréhendée uniquement comme une condition légale non remplie - dont la réalisation doit être vérifiée, pour s'en tenir au dispositif de l'arrêt - pour permettre à l'article 135 de jouer sa fonction d'habilitation légale à l'exécution d'office⁴⁹³.

427. Second commentaire (suite). Le second attendu, quant à lui, se rapporte à une toute autre police, même si elle est également liée à la matière de la publicité et de l'affichage.

Il s'agit de l'arrêt royal du 14 décembre 1959 portant réglementation de l'affichage et de la publicité dans certains sites et le long des voies de communication touristiques, en vue de sauvegarder "la beauté de nos monuments et de nos passages"⁴⁹⁴. L'arrêt a été pris en application de l'article 200 du Code de taxes assimilées au timbre autorisant le Gouvernement (lire le Gouvernement fédéral⁴⁹⁵) "à interdire l'apposition dans des endroits déterminés de

⁴⁹¹ L'arrêt n'en fait pas état, mais les deux mises en demeure l'étaient d'abord sous quinzaine, ensuite dans un délai de plus d'un mois, imparti un mois après l'échéance ...

⁴⁹² Le pouvoir de police générale de la commune est plus limité dans les propriétés privées que sur le domaine public dont elle est le gestionnaire. En effet, elles n'en disposent que dans la mesure de "l'impact de l'affichage en terrain privé sur l'ordre public" (P. NIHOUL, *op. cit.*, R.R.D., 1989, p. 403 et 404, n° 9 à 12). Ainsi, des panneaux peuvent détourner l'attention des usagers de la voirie ou leur dissimuler les signaux de circulation routière. L'affichage sur les clôtures longeant la voie publique ayant pour but d'attirer l'attention des passants, il est, partant, de nature à provoquer des attroupements, à entraver la circulation ou à causer des désordres (Cass., 4 mars 1963, *Pas.*, I, 735; *add.* sur le pouvoir de réglementation Cass., 4 mars 1912, *Pas.*, 1912, I, 145, en matière d'affichage, ou encore Cass., 23 janvier 1865, *Pas.*, 1865, I, 133, concl. av. gén. CLOQUETTE, en matière d'urbanisme, de salubrité publique et de fléaux calamiteux). De même, "un panneau publicitaire accroché à une façade et obstruant trois fenêtres est de nature non seulement à porter atteinte à la salubrité de l'immeuble et à constituer un danger en cas d'incendie, mais encore à mettre en péril la sécurité du passage sur la voie publique" (corr. Bruxelles, 23 octobre 1979, *J.T.*, 1980, p. 193; Bruxelles, 9 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 360 et 361).

⁴⁹³ Il n'est pas possible d'interpréter l'attendu comme envisageant l'urgence indépendamment de l'article 135 de la Nouvelle loi communale car elle est directement liée à l'ordre public (une intervention urgente en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public). Comme il s'agit en l'occurrence de l'habilitation légale, l'attendu aurait gagné en clarté s'il avait été construit en inversant les deux parties du premier morceau de phrase, avec une petite adaptation : en l'absence de circonstances particulières nécessitant une intervention urgente en vue d'éviter une atteinte grave à l'ordre public et à défaut d'un texte légal plus étendu l'y habilitant ... Car en l'espèce, en définitive, plus que le défaut d'habilitation légale, cette dernière n'était pas suffisante pour permettre de procéder d'office ou de prescrire des mesures d'office en chargeant l'autorité de les mettre en œuvre. L'arrêt aurait pu être plus clair à cet égard, de même d'ailleurs que les conclusions du ministère public.

⁴⁹⁴ Rapport au Roi précédant l'arrêt royal, *Pasin.*, 1956, p. 914.

⁴⁹⁵ Voy. Bruxelles, 25 juin 1987, *T.B.P.*, 1988, note F. WASTIELS ("Is de reglementering van het aanplakken en reclame maken een nationale of een gewestelijke materie?"). Voy. également P. BOUILLARD, "L'affichage et la publicité au regard du droit de l'urbanisme", *Amén.*, 1987, p. 115. À la suite de la régionalisation de la matière des "monuments et des sites" en ce qui concerne l'aménagement du territoire en 1988 (l'article 6, § 1^{er}, I, 7^o de la loi spéciale du 8 août 1980, modifiée en 1988), un arrêté de l'exécutif régional wallon du 15 novembre 1990 portant sur les enseignes et les dispositifs de publicité (*Mon.*, 24 mai 1991, 11343) est venu abroger, pour la Région wallonne, l'arrêt royal du 14 décembre 1959 modifié par les arrêtés royaux du 25 novembre 1960 et du 28 juin 1963. Les arrêtés pris en exécution de l'arrêt royal sont restés en vigueur jusqu'à leur abrogation par des arrêtés spécifiques ultérieurs. Les communes qui avaient des règlements

toutes affiches généralement quelconques ou d'affiches excédant une certaine dimension". Il s'agit d'une action spécifique du Gouvernement sous l'angle de l'esthétique de l'affichage et de la publicité.

Or, l'arrêt royal prévoit en son article 1^{er}, 2^o, qu'il est interdit "d'établir et de maintenir des affiches et de recourir à tout autre procédé de réclame ou de publicité visuelle : (...) sur les voies de communication touristiques désignées par le Roi et à quelque endroit, dès lors qu'ils sont identifiables de ces voies".

Or, *in casu*, l'habitation sur le pignon de laquelle le panneau litigieux a été installé se situe précisément à l'angle d'une chaussée classée comme telle par l'arrêt royal du 8 janvier 1958 confirmé par l'arrêt royal du 6 mai 1960.

Deuxième illégalité donc, mais sanctionnée de manière précise par l'article 200 du Code précité : des peines d'amende et la destruction des affiches, mais non du support, et à ordonner par le juge⁴⁹⁶. Seule la peine d'amende est toutefois mentionnée par la Cour⁴⁹⁷.

Par conséquent, néanmoins, la Cour en conclut que le juge d'appel ne pouvait pas se limiter à constater le caractère illicite de l'affichage pour reconnaître la légalité de l'enlèvement d'office du panneau concerné. Contrairement à son appréciation, il était d'un réel intérêt d'examiner si l'enlèvement répondait à la condition d'urgence ou de police communale.

428. Interprétation. En somme, la Cour paraît requérir en principe une habilitation légale⁴⁹⁸ et refuser l'exécution d'office (sans recours préalable au juge) lorsqu'une sanction pénale est expressément prévue. La Cour ne le dit pas expressément, mais tous les éléments sont là pour inciter le juge de renvoi à trancher dans ce sens : seule la voie du juge était ouverte à l'administration communale, compte tenu de la sanction pénale, sauf à invoquer l'urgence dans

communaux d'urbanisme ont eu un délai d'un an pour modifier leur règlement en conséquence. Voy. *M.C.*, 1991, p. 377. En l'espèce, les faits remontaient au-delà de 1990.

⁴⁹⁶ La disposition dispose en effet expressément que le jugement de condamnation prononcera la destruction, aux frais du condamné, de l'affiche illégalement établie.

⁴⁹⁷ Pourtant, les deux sanctions se complètent dans le système français pour exclure l'exécution d'office au sens strict. À noter que l'élément est surtout important en présence d'un acte réglementaire autorisant l'exécution d'office. Rem. dans ce sens l'avis du Conseil d'État sur le projet d'arrêt royal du 20 décembre 1956 portant réglementation de l'affichage et de la publicité dans certains sites et le long des voies de communication : "Il ressort des termes de l'article 5, alinéa 3, - et telle est bien l'intention du gouvernement, - que les administrations communales procéderont sur le champ, c'est-à-dire avant toute condamnation, à l'enlèvement des affiches et enseignes que les intéressés n'auraient pas enlevées eux-mêmes dans les délais prescrits. Cette disposition ne se concilie pas avec l'article 200 du code des taxes assimilées au timbre, aux termes duquel le jugement de condamnation prononcera la destruction, aux frais du condamné, de l'affiche illégalement établie. Elle doit dès lors être supprimée" (*Pasin.*, 1956, p. 916). Elle ne figure d'ailleurs pas dans l'arrêt royal. À noter encore que la police communale n'aurait pas pu jouer le rôle de sanction administrative excluant l'exécution d'office au sens strict, dans la mesure où les polices considérées sont réellement différentes quant à leur objectif.

⁴⁹⁸ On a relevé chez G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 316B, pp. 447 et 448, qu'une habilitation légale dans ce sens existerait en droit français (articles 15 et 16 de la loi du 12 avril 1943 prévoyant des amendes mais aussi la suppression immédiate et éventuellement d'office des panneaux aux frais du contrevenant). Mais de là à soutenir que la Cour a été influencée par le droit matériel français, il y a un pas à ne pas franchir.

le cadre de ses pouvoirs de police générale. Alors précisément que la Cour d'appel s'était dispensée de vérifier l'urgence ...

A contrario, par contre, la question reste ouverte de savoir si la Cour de cassation n'aurait pas accepté l'exécution d'office à défaut de sanction pénale. Sinon, pourquoi avoir construit cette deuxième partie du raisonnement ?

L'arrêt ne permet aucune conclusion définitive à cet égard, parce que tel n'était pas l'objet du recours. Tout au plus peut-on remarquer que la Cour a suivi les conclusions du ministère public qui s'en remettait à la doctrine sur ce point. Et qu'en droit français l'existence de sanctions pénales empêche l'exécution d'office au sens strict. La construction de l'arrêt révèle que la Cour attend du juge de renvoi une justification légale sur la question.

À l'inverse, il ne peut pas être considéré que la Cour de cassation a appréhendé le privilège de l'exécution d'office ou forcée en des termes assez restrictifs⁴⁹⁹. Les critères abordés par la Cour permettent même de supputer le contraire. Sauf évidemment si l'on s'attendait à voir la Haute juridiction proclamer le privilège tel que proposé par M.-A. FLAMME et M. SOMERHAUSEN, c'est-à-dire même en présence de sanctions pénales, à l'instar de la Cour d'appel. À cet égard, l'arrêt est explicite. L'exécution d'office n'est pas permise à l'administration pour remédier à toute illégalité dès qu'elle est (informellement) constatée. La justification légale n'est pas suffisante.

Pour le reste, deux interprétations sont possibles concernant la valeur dérogatoire de l'urgence. Soit la Cour a seulement voulu confirmer le respect dû aux conditions prévues par l'habilitation légale. C'est le premier attendu. Soit elle a souhaité lui donner une portée plus générale et désincarnée. Le second attendu peut le laisser envisager, puisqu'il est censé se rapporter à la police de l'esthétique⁵⁰⁰.

Avec le recul, toutefois, la condition d'urgence est clairement identifiée comme celle de "police communale" dans ce second attendu⁵⁰¹. Il serait d'ailleurs étonnant que la Cour ait subitement désincarné l'urgence, sans autre commentaire, d'un texte exprès qu'elle vient précisément d'envisager.

À remarquer, pour finir, que l'arrêt n'apporte rien en ce qui concerne le principe de la mise en demeure ou celui de la mise aux frais du contrevenant⁵⁰², si ce n'est l'existence d'une pratique administrative dans ce double sens, puisque les deux éléments étaient présents dans l'acte administratif à l'origine du conflit. Tel n'était toutefois pas l'objet du débat. À noter pourtant l'inclinaison de la Cour d'appel à accorder le défraiement des frais liés à l'exécution d'office en

⁴⁹⁹ Dans ce sens pourtant : A.-M. STRANART et P. GOFFAUX, *op. cit.*, J.T., 1995, p. 437; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, p. 8 et note 9, impl., mais de manière assez (trop) neutre, encore que l'arrêt puisse paraître conforter leur théorie limitant la contrainte hors juge à la disposition légale et l'urgence (mais voy. *supra*, n° 406, note 409).

⁵⁰⁰ Un attendu séparé pour conclure eût donc été souhaitable, à partir des mots "qu'en déduisant de la seule constatation du caractère illicite (...)".

⁵⁰¹ La conjonction "ou" ne paraît pas exclusive. Elle n'est en tout cas pas renforcée par l'adverbe bien.

⁵⁰² En l'espèce, l'arrêté du bourgmestre prévoyait le recouvrement des frais "par tous moyens légaux".

faveur de l'administration communale, pour autant qu'ils ne soient pas excessifs, sur demande reconventionnelle.

429. Conclusion. En fin de compte, on ne peut pas dire que la jurisprudence belge n'apporte aucune indication concernant l'exécution forcée administrative en droit belge. Mais en dehors de l'arrêt "Belgaffiche", il faut reconnaître qu'elle est très parcellaire. Elle concerne le plus souvent l'application de textes légaux prévoyant une "facilité" à cet égard. Elle est donc relative au respect de ces textes⁵⁰³ ou à leur interprétation⁵⁰⁴, sans qu'il puisse être dégagé une véritable théorie des privilèges en jurisprudence⁵⁰⁵.

Avant les années 1970-80, la carence en jurisprudence trouve une explication dans l'absence d'un contrôle approfondi de l'action administrative⁵⁰⁶.

⁵⁰³ Au hasard, car la liste des décisions pourrait être longue : Liège, 22 novembre 1919, R.A., 1920, p. 442, commenté ci-dessus, n° 419, concernant le problème de l'autorité compétente; Liège, 11 mai 1950, inédit, cité par M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. 1, 1989, n° 240, p. 574 et note 1 : (est constitutif de voie de fait) l'enlèvement d'arbres abattus sur une propriété privée sans réquisition régulière; Bruxelles, 7 février 1961, *Pas.*, 1962, II, 152 : élargissement de la voirie et réalisation de travaux d'équipements et d'amélioration de celle-ci sans remplir les formalités d'expropriation; Liège, 10 décembre 1968, J.A.L., 1968-1969, p. 162; M.C., 1969, p. 241 et note encore révoltée contre l'arrêt : est constitutive de voie de fait et d'abus de pouvoir la démolition de clôtures et de bâtiments érigés sur des terrains privés incorporés à la voirie sans décision préalable (arrêté de péril ou autre); etc. La plupart du temps, il s'agit d'applications n'ajoutant pas grand chose à la loi : Bruxelles, 3 août 1857, *Pas.*, 1857, 386 et B.J., 1858, col. 241 et la coupe de digues préjudiciable pour éviter des dégâts plus importants, sur base des pouvoirs de police du bourgmestre (pas de responsabilité); Cass., 20 juillet 1903, *Pas.*, 1903, I, 343, avec antécédents et concl. conf. proc. gén. JANSSENS, et R.A., 1904, p. 166, *idem* et obs. : pose d'une ligne téléphonique et ses supports sur le toit de propriétés privées, en prenant accès de l'extérieur, dans l'intérêt général de la police des incendies; C.E., Maertens, n° 4.237, 26 avril 1955, R.A.C.E., 1955, p. 376 et *Pas.*, 1955, II, 83 : travaux de réparation d'office aux frais du propriétaire d'un immeuble menaçant ruine, le juge judiciaire des référés s'étant déclaré incompétent; etc.

⁵⁰⁴ Cass., 7 avril 1876, *Pas.*, 1876, I, 246, confirmant sur ce point Liège, 18 mars 1875, *Pas.*, 1875, II, 235 : le bourgmestre seul, à l'exclusion du collège des bourgmestre et échevins, était habilité à ordonner la mesure de police consistant dans la démolition de bâtiments menaçant ruine, dont l'exécution d'office aux frais des intéressés était demandée au juge judiciaire à défaut de s'exécuter volontairement, conformément au règlement communal en vigueur; Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 577, concernant les frais de mesures d'office; civ. Malines, 24 juin 1963, R.C., 1964, p. 118, obs. M. SOMERHAUSEN, concernant l'illégalité du placement du pylône dans un lieu fermé, en violation de la loi du 10 mars 1925, mais n'ayant pas conduit à la censure en l'espèce, en raison du cumul interdit du possessoire et du pétitoire; etc.

⁵⁰⁵ Rem. pourtant av. gén. F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578. L'av. gén. fait dangereusement écho aux privilèges exposés de manière très théorique, comme s'ils transcendaient les textes pourtant simplement appliqués dans une contestation d'ailleurs limitée aux frais des mesures d'office. L'attention aurait mérité d'être portée sur la légalité du dispositif. Heureusement pour l'administré, la note est passée inaperçue en doctrine et en jurisprudence.

⁵⁰⁶ Rem. par exemple Cass., 24 février 1890, *Pas.*, 1890, I, 101 : le choix des plantes nuisibles soumises à des mesures de destruction relève du pouvoir discrétionnaire du ministre qui échappe au contrôle des cours et tribunaux (en l'occurrence les pieds mâles du houblon, plantes manifestement non nuisibles aux cultures : condamnation pénale). Rem. aussi, dans un ton qui fait penser à la jurisprudence du Tribunal des conflits en droit français, Bruxelles (Cass.), 20 décembre 1845, *Pas.*, 1846, II, 117 : le pouvoir judiciaire est incompétent pour connaître (d'une demande visant à obtenir réparation) de l'enlèvement d'office par le garde champêtre, sur ordre du bourgmestre agissant "dans le cercle de ses attributions" en matière de police, d'une baraque élevée sur un champ privé affecté aux courses de l'année, sans aucun droit acquis à la jouissance, au motif que ladite baraque avait déjà donné lieu à des scènes contraires au bon ordre. L'arrêt est fondé sur Cass., 25 juin 1840, *Bull.*, 1840, 333, qui n'est autre qu'un arrêt de principe déjà relevé concernant l'incompétence du pouvoir judiciaire en matière

Depuis lors, son maintien incite à avancer une autre explication plus positive à l'égard du système belge : l'appareil législatif serait à ce point performant que le problème de l'exécution d'office au sens strict ne se serait jamais posé en pratique, parce que les lois prévoiraient toujours une sanction dans leurs dispositifs, de même que les cas d'urgence. À moins d'évoquer la conduite exemplaire des autorités administratives, soucieuses de ne pas s'écarter de la zone claire de leurs prérogatives ?

Il est plus vraisemblable de conclure dans le droit fil du titre concerné. La réalité en jurisprudence n'est pas contraire aux principes de l'exécution administrative mis au point en droit français. L'arrêt commenté de la Cour de cassation permet même de pencher vers une inclinaison favorable à leur réception. L'absence de jurisprudence formelle ne permet toutefois pas de tirer une conclusion définitive à cet égard.

C. En législation

430. L'importance de la loi. Il est impossible de faire état de toutes les dispositions légales établissant des privilèges de l'exécution d'office en matière administrative. Les applications sont trop nombreuses et diverses à la fois, à l'image du droit administratif lui-même⁵⁰⁷. À tel point qu'il peut paraître impossible "d'indiquer pour cette infinité d'actes

administrative (*supra*, n° 85, note 384 et n° 201), rendu sur concl. conf. av. gén. DECUYPER, mais non relevant comme tel dans la matière. On a encore relevé Cass., 2 mai 1901, *Pas.*, 1901, I, 217; *R.A.*, 1901, p. 437, concernant l'enlèvement ordonné par le bourgmestre et exécuté d'office par l'administration communale, de dépôts de pierres ou de terre effectués le long d'un chemin communal, après mise en demeure dans les huit jours non observée, reconnu par la Cour comme procédant de ses pouvoirs de police (les décrets révolutionnaires combinés avec l'article 90 de l'ancienne loi communale). Trois remarques : d'abord, l'affaire est arrivée devant le juge judiciaire à la demande de l'administration en récupération des frais de l'exécution d'office, ce qui explique que le juge judiciaire se soit déclaré compétent; ensuite, contrairement à ce que pouvait laisser croire M. l'av. gén. VAN SCHOOR dans ses concl. (resp. 219 et p. 440), en voulant établir qu'un règlement de police édicté par le conseil et interdisant par une disposition générale à tous les habitants de semblables dépôts le long de la voie publique, sous la sanction de pénalités, n'était pas nécessaire pour permettre au bourgmestre d'agir en vertu de la loi, l'existence d'un tel règlement - et surtout de sanctions pénales - n'aurait pas non plus empêché l'exécution d'office sur ordre du bourgmestre, compte tenu de l'urgence invoquée en l'espèce (dont il est encore affirmé à l'époque que le juge n'a pas à en reconnaître : "sans que le pouvoir judiciaire ait la faculté d'y contredire en rien") à pourvoir à la sûreté du passage sur la voie publique, déjà compromise par un accident; finalement, comme le remarque l'av. gén., peu importe que le dépôt eût lieu sur la propriété des défendeurs dès lors qu'ils constituaient une menace pour la sécurité des passants. Comp. encore Liège, 1^{er} mars 1893, confirmant civ. Liège, 23 juillet 1892, *Pas.*, 1893, II, 323 et l'inhumation immédiate et d'office d'un cadavre ordonnée par un bourgmestre par nécessité pour l'ordre, la sécurité et l'hygiène publiques : un "droit supérieur" dans lequel le pouvoir judiciaire ne peut pas s'immiscer, même dans le cadre d'une action en responsabilité.

⁵⁰⁷ Dans le sens d'une multitude de textes et de fonctions à la fois dispersés et enchevêtrés, on relèvera O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 13, p. 19 : "Les matériaux du droit administratif se sont pressés en foule sous ma main, mais éparpillés, en masses informes, et offrant l'image du chaos, dans les dédales du Bulletin des lois" (préface, p. III); M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 30, p. 44 (et préface de la 1^{re} éd. en 1928 citée dans celle de la 3^e éd., p. 7) : "Le nombre immense des dispositions légales d'ordre administratif, leur variété, les changements continus et les remaniements dont elles sont l'objet, opposent un obstacle, probablement insurmontable, à une codification de nos lois administratives"; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 28, p. 26 : une "multitude de textes, souvent mal coordonnés, dépourvus de tout principe ou idée directrice"; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 10 : "une discipline aux ramifications multiples, voire tentaculaires, apparaît"; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 12, p. 29 : "une matière fort vaste et surtout hétérogène"; P.

soumis à des conditions et à des formalités particulières, des règles générales s'appliquant à leur exécution"⁵⁰⁸.

L'on s'efforce néanmoins, dans les lignes qui suivent, de dégager quelques principes à partir des dispositions les plus représentatives et de celles citées par les auteurs. Seuls quelques constats pourront être faits, et ultérieurement des recommandations. C'est surtout le rôle de la loi en matière d'exécution d'office qui retient l'attention.

Avec du recul, c'est en effet en législation au sens large que les conséquences de la sujétion de l'administration au droit commun sont les plus importantes. Car reconnaître l'application du droit commun revient à requérir une intervention législative expresse chaque fois que le souhait des autorités est d'établir le privilège dans une matière régie par la loi au sens strict : il s'agit d'y déroger⁵⁰⁹.

431. Une exigence de la Constitution en matière d'exécution. La protection des libertés et des droits fondamentaux s'en trouve confortée même si, le plus souvent, la Constitution elle-même exige déjà l'intervention du législateur lorsqu'il s'agit de les modaliser. Après tout, la sujétion au droit commun aussi est imposée par la Constitution.

De ce double point de vue constitutionnel, dès lors, la dérogation au droit commun de l'exécution ne peut pas être réglementaire, en termes de hiérarchie des normes. Au pire, une délégation de pouvoirs est possible en vue de déterminer les modalités d'exercice du privilège préalablement établi par la loi de manière claire et précise.

La théorie ne fait que confirmer l'état actuel du droit positif à cet égard⁵¹⁰. Le principe du recours à la contrainte doit se trouver inscrit dans la loi pour permettre de dispenser de

QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 3, p. 5 : au sein du droit administratif, celui de l'économie "devient un domaine de plus en plus complexe et amplifié", notamment sous l'effet de la multiplication des législateurs. Face à cette complexité du droit administratif, les privilèges font figure de principes dont le caractère fuyant renforce l'illusion de dogmes ou de vérités qu'il n'est pas permis de mettre en question.

⁵⁰⁸ *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte exécutoire", col. 538, n° 31 (n° 32, la "légitimité" des actes administratifs est d'ailleurs limitée à la compétence, aux formes légales et à la publicité).

⁵⁰⁹ Les règles concernées sont principalement de valeur législative et fédérales. Il s'agit surtout des codes civil et judiciaire. S'agissant d'une matière fédérale, le but premier des législateurs fédérés ne peut jamais être de modifier le droit commun des obligations, dont fait partie celui de l'exécution. Il s'agit d'une compétence supplétive pour exercer une compétence qui lui a été attribuée, soit au nom de l'effet utile des compétences attribuées, soit en vertu des pouvoirs implicites tels que définis à l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Voy. M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, n° 51, pp. 55 et 56. Pas question donc, déjà de ce point de vue, d'un privilège général et abstrait établi par et pour l'entité concernée.

⁵¹⁰ De manière générale : M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, n°s 55 à 60, pp. 64 à 73, et n° 66, pp. 83 à 86, concernant la faculté d'obliger (le sujet étudié par l'auteur), ainsi que sp. n° 68, p. 87, concernant "la question (différente) de l'exécution d'office" pour laquelle un "fondement légal" est requis. L'unanimité en doctrine est soulignée concernant ce principe de légalité, au demeurant valable s'agissant de toute action juridique et de toute contrainte à l'égard de l'administré. En ce qui concerne le privilège : H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 834, note 240, pour qui l'exécutif ne peut pas disposer de la sorte si le législateur ne l'a pas fait lui-même, faisant état sur ce point de l'avis déjà renseigné du Conseil d'État sur le projet d'arrêté royal du 20 décembre 1956 portant réglementation de l'affichage et de la publicité dans certains sites et le long des voies de communication (*Pasin.*,

l'autorisation du juge⁵¹¹. Seule une loi au sens formel peut autoriser l'autorité administrative à se faire justice à elle-même⁵¹². À ce stade, l'attention est focalisée sur cet élément, sans préjudice de la confrontation entre le droit commun et la législation, réservée au chapitre suivant⁵¹³.

432. Une impression contraire donnée en doctrine. En doctrine, pourtant, l'impression est parfois donnée qu'un texte réglementaire pourrait suffire à établir le privilège et que la matière ne ferait donc pas l'objet d'un monopole législatif. En effet, plusieurs auteurs citent, en guise d'exemples, des dispositions réglementaires qui seraient à l'origine de procédés d'exécution privilégiés⁵¹⁴.

Il convient sur ce point d'être très attentif. Toutes les dispositions réglementaires citées en doctrine comme établissant le privilège contribuent effectivement à l'organiser. Mais elles ne l'organisent pas à elles seules. Le principe même de l'exécution forcée sans habilitation judiciaire est toujours établi par une disposition législative dont elles assurent l'exécution ou la mise en œuvre.

Le plus souvent, une délégation de pouvoir explicite est prévue à cet égard. À défaut de délégation expresse, la prérogative est réservée au Roi ou à l'exécutif, en vertu de l'article 108 de la Constitution et des dispositions correspondantes pour les régions et les communautés. Vu l'importance de la matière, une délégation ministérielle n'est de toute manière pas directement envisageable⁵¹⁵. Ni *a fortiori* une délégation à une autorité indépendante de l'exécutif. Les

1956, p. 916). À noter cependant que l'avis dont question constate plutôt la contradiction de l'arrêté avec le code des taxes assimilées au timbre, dont il porte exécution.

⁵¹¹ Voy. en particulier A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 319, note 28. Il donne un exemple p. 320, celui des réquisitions militaires, le principe étant toutefois fort ténu. L'article 10 de la loi du 12 mai 1927 dispose en effet que le collège des bourgmestre et échevins, chargé de répartir les réquisitions, "en assure, dans tous les cas, le recouvrement complet". L'arrêté royal du 3 mai 1939 est plus explicite. Il précise que le collège prend en cette matière des décisions exécutoires sans appel (article 99) et qu'en l'absence d'habitants, "S'il n'est pas possible de se procurer ces prestations par d'autres moyens, le bourgmestre peut, en temps de mobilisation seulement, faire ouvrir de vive force la porte de leur demeure et procéder d'office à l'enlèvement des fournitures requises" (article 101, al. 2). Pp. 324 et 325, note 50, l'auteur considère une autre application, à savoir l'article 110 de la loi du 3 juin 1957 relative aux polders permettant au bourgmestre de requérir tout ce qui existe en piquets, fascines, paille dans les environs de la digue en cas de menace de rupture et de débordement d'une digue. Selon lui, le recours à la contrainte (le pouvoir d'exécution forcée) paraît, dans une certaine mesure du moins, implicitement autorisé par le texte dans la mesure où il établit le droit de réquisition "sauf indemnité à fixer ultérieurement" et exclut ainsi l'indemnité préalable.

⁵¹² Comp. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 15, pour qui l'administration, dans ce cas, ne se fait pas justice à elle-même, puisqu'elle exécute la loi et exprime la volonté générale.

⁵¹³ Il s'agira en effet d'évaluer la portée des règles communes dans l'état actuel des dérogations en législation, c'est-à-dire les conséquences directes du droit commun en législation administrative.

⁵¹⁴ Principalement des arrêtés royaux. Voy. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160 (l'auteur ne cite que des arrêtés royaux au titre de "textes formels"), et à sa suite A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 346, note 18. Voy. aussi A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, pp. 16 à 18. Rem. déjà A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, p. 245; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", n° 4, p. 16; O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2.

⁵¹⁵ Voy. sur ce point la vérification réalisée *infra*, n° 435 et s.

principes ordinaires qui gouvernent la délégation l'interdisent. Et les juridictions versées au droit public se montrent généralement très sévères lorsque la délégation a pour objet des mesures pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux ou aux libertés publiques⁵¹⁶.

Or, la matière de l'exécution présente deux circonstances aggravantes sous cet angle. D'une part, la délégation porte en effet sur une prérogative en principe réservée à un autre pouvoir, le pouvoir judiciaire, à savoir la compétence d'autoriser concrètement l'exécution forcée. D'autre part, il s'agit souvent de confondre les pouvoirs de décision et d'exécution dans les mains d'une seule et même autorité. Ce qui n'est pas sans objections, y compris aux yeux du droit international.

433. L'évolution de la délégation en jurisprudence. En plus de la doctrine, la jurisprudence aussi pourrait laisser entrevoir une certaine souplesse dans l'appréciation concrète du monopole législatif en la matière.

Il est en effet de jurisprudence constante et classique, à l'origine sur base de l'article 108 de la Constitution, que le pouvoir exécutif, s'il ne peut pas étendre ou restreindre la portée des lois, peut dégager du principe de celles-ci et de leur économie générale les conséquences qui, d'après l'esprit qui a présidé à leur adoption et les fins qu'elles poursuivent, en dérivent naturellement⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Rapp. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 144, p. 341, concernant le Conseil d'État. Ressortent parmi les critères l'importance des pouvoirs et des mesures à prendre, ainsi que les autorités déléguées (non éloignées dans la hiérarchie, en l'occurrence directement inférieures).

⁵¹⁷ Il s'agit à l'origine de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle l'arrêté royal qui prescrit d'être muni de sa carte d'identité est une mesure d'exécution de la loi sur les recensements généraux et les registres de la population, à savoir une mesure de contrôle, un moyen simple, pratique et efficace de découvrir l'omission de la déclaration aux administrations communales ou son inexactitude, se rattachant de la sorte intimement au but de l'organisation des registres de la population et tombant sous le coup de la sanction prévue par la loi pour les infractions aux formalités administratives : Cass. (ch. r.), 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, 25 et note; Cass., 20 novembre 1922, *Pas.*, 1923, I, 72 (vu la perturbation jetée par la guerre dans la tenue des registres !); Cass., 3 mars et 7 juillet 1924, *Pas.*, 1924, I, 227 et 454; comp. Cass., 11 octobre 1909, *Pas.*, 1909, I, 388 et l'obligation faite aux "maîtres", par arrêté royal, de notifier à l'administration communale l'arrivée des domestiques habitant chez eux. À noter cependant que les travaux préparatoires de la loi du 2 juin 1856 sont épinglés à l'occasion comme démontrant la volonté du législateur de voir des mesures de contrôle édictées afin de tenir soigneusement des registres de la population reprenant soigneusement la résidence des belges et des étrangers. *Add. Cass.*, 12 décembre 1963, *Pas.*, 1964, I, 398 concernant l'arrêté-loi cadre du 28 décembre 1944 (modifié par la loi du 14 juillet 1955) énonçant (au terme des travaux préparatoires des deux textes) les règles générales, mais laissant au pouvoir exécutif le soin d'organiser les principes fixés de l'assurance obligatoire en cas de maladie ou invalidité (dont l'amélioration de la situation financière de l'assurance, au terme des travaux préparatoires de la loi de 1955), ce qui comprend la subrogation de droit de l'organisme assureur à la victime ou à ses ayants droit pour le recouvrement des charges qu'il a supportées, en l'occurrence établie par arrêté royal du 22 septembre 1955. *Add.*, encore implicitement, la jurisprudence du Conseil d'État sous l'angle de l'excès de pouvoir, relative au pouvoir constitutionnellement réservé au Roi, à défaut de dérogation légale, de prendre les mesures réglementaires destinées à dégager du principe des lois les conséquences qui en découlent naturellement : C.E., Lecourt et crts, n° 1.411, 27 mars 1952, R.A.A.C.E., 1952, p. 236 (en l'espèce la détermination par un ministre du régime linguistique applicable au service d'un aéroport); C.E., Valkeniers, n° 1.930, 6 novembre 1952, R.A.A.C.E., 1952, p. 1035 (*idem* concernant la R.T.T.); comp. cependant C.E., Ville d'Ostende, n° 3.102, 27 janvier 1954, R.A.A.C.E., 1954, p. 116, rappelant dans la même matière que le Roi ne peut ni changer ni ajouter à la loi, en l'occurrence en restreignant le principe de la liberté des langues (l'unilinguisme du citoyen). *Add. C.E.*, Élections communales de Bougnies, n° 14.582, 8 mars 1971,

La jurisprudence doit être distinguée du pouvoir parfois reconnu au pouvoir exécutif de combler les lacunes de la loi, uniquement sur des points de détail⁵¹⁸, et donc certainement pas pour introduire le principe de l'exécution d'office⁵¹⁹.

En vertu de cette jurisprudence, néanmoins, une délégation de pouvoir expresse ne serait pas indispensable pour autoriser l'exécutif à organiser une mesure d'exécution d'office qui dériverait naturellement d'une loi⁵²⁰. Seul le principe de l'exécution d'office, en définitive, devrait être contenu dans la loi au sens formel. Ce qui n'est pas sans comporter une marge d'appréciation dangereuse, mais susceptible d'évoluer avec les exigences de l'État de droit, liées à la modernité⁵²¹.

Or, il est indéniable, de ce point de vue, que les exigences en matière de délégation ont été renforcées avec le temps, en jurisprudence comme en "légisprudence"⁵²², spécialement sous l'influence de la Cour d'arbitrage. Compte tenu des circonstances aggravantes avancées, le législateur veillera dès lors à ne déléguer que l'adoption de règles secondaires au pouvoir exécutif. Il ne se limitera pas, autrement dit, à mentionner uniquement le principe de l'exécution d'office. De la même manière qu'à l'inverse d'une délégation trop lâche, il veillera à ne pas limiter démesurément les pouvoirs de l'administration, en disposant d'une manière précise mais incomplète⁵²³.

434. Sujétion et délégation de pouvoirs. À noter, au demeurant, la portée réelle de la sujétion administrative au droit commun en matière de délégation de pouvoirs.

Dans le cadre d'une délégation, en effet, l'autorité déléguée doit respecter la Constitution et les autres lois, selon leur champ d'application. L'application de principe du droit commun restreint

R.A.A.C.E., 1971, p. 281 (la détermination des modalités du vote par correspondance, conformément à l'avis de la S.L.C.E.). *Add. C. CAMBIER, op. cit., J.T.*, 1954, p. 362.

⁵¹⁸ Voy. C.E., Fédération médicale belge et crts, n° 6.371, 20 juin 1958, *R.J.D.A.*, 1958, p. 255, avec l'avis documenté de H. LENAERTS concernant la désignation par arrêté royal de l'autorité habilitée à recevoir le serment des médecins contrôleurs de l'I.N.A.M.I., le principe de l'obligation figurant bien dans un décret du 20 juillet 1831 à portée générale; Cass., 20 octobre 1868, *Pas.*, 1869, I, 238, concl. conf. proc. gén. LECLERCQ concernant la désignation de l'autorité habilitée à recevoir le serment des facteurs.

⁵¹⁹ En droit commun, les règles relatives à l'exécution forcée sont d'ailleurs d'ordre public quant à leur principe. Voy. *infra*, n° 531.

⁵²⁰ La jurisprudence fait étrangement penser aux conclusions de ROMIEU relatives à l'exécution d'office. Et appliquée à l'exécution d'office, elle permet de rejoindre l'exécution d'office au sens strict, moyennant la formalité préalable d'un règlement.

⁵²¹ La jurisprudence initiale et constante de la Cour de cassation peut aujourd'hui paraître critiquable, autrement dit, d'autant qu'elle est apparue dans des circonstances extraordinaires et à un moment où le principe même du contrôle de l'action administrative venait d'être découvert.

⁵²² Formée par les avis de la section de législation du Conseil d'État. Le tableau illustratif établi en annexe atteste en moyenne de ce souci en législation, mais pas d'une évolution, puisque seules les dispositions récentes sont partiellement reprises selon les matières.

⁵²³ Comp. *infra*, sp. n°s 475 et 476, en ce qui concerne la contrainte administrative liée à certaines mesures précises. Comp. aussi civ. Huy (réf.), 26 septembre 1972, *op. cit., J.T.*, 1972, p. 626 : l'arrêté concerné contient des mesures d'exécution précises et limitées (fermeture ou mise sous scellés) parmi lesquelles ne figurent pas celles envisagées, qu'il convient dès lors de demander au juge (malgré qu'il y avait urgence) (voy. *supra*, n° 419).

par conséquent la "liberté" du pouvoir exécutif en matière d'exécution. Le principe de la dérogation doit désormais figurer dans la loi concernant une série de règles qui, en l'absence de sujétion, auraient plus facilement échappé à un contrôle éventuel. On songe, par exemple, à la mise en demeure préalable à l'exécution ou au sort des frais de l'exécution⁵²⁴.

À l'inverse, il faut toutefois mentionner l'article 544 du Code civil, déjà fréquemment mentionné en jurisprudence, au terme duquel "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements"⁵²⁵. L'autorité administrative trouve, dans cette disposition générale, une base légale dangereuse lui permettant de modaliser le droit de propriété selon et dans la mesure de ses compétences. Néanmoins, la disposition comme telle ne saurait pas être interprétée comme autorisant l'exécution d'office.

Après avoir rétabli le principe de la nécessité d'une loi pour permettre au pouvoir exécutif d'organiser l'exécution d'office (1), parfois dangereusement passé sous silence en doctrine, un rapide tour d'horizon s'impose des principales dispositions générales ou particulières, habituellement mentionnées en doctrine et actualisées au besoin, en matière d'exécution d'office (2). De manière à dégager une formule législative proposée en "modèle" pour guider, au besoin, le législateur (3).

1. La nécessité d'une loi vérifiée en pratique

435. Les arrêtés relatifs à la lutte contre les végétaux et animaux nuisibles. Comme indiqué, mais il faut maintenant l'établir, il ne faut pas conclure trop vite à la possibilité pour le pouvoir exécutif d'organiser lui-même un privilège qu'il utilisera ensuite⁵²⁶, comme le suggèrent plusieurs auteurs par les exemples qu'ils citent. Le principe de l'exécution d'office doit figurer dans une norme de valeur législative. Il peut seulement être mis en œuvre par le pouvoir exécutif. L'analyse des textes indique au demeurant une pratique constante du législateur dans ce sens.

⁵²⁴ Voy. *infra*, resp. n°s 534 et 539.

⁵²⁵ Rem. en droit français comm. gouv. RONJAT, concl. préc. T.C., Marquigny, 4 novembre 1880, *S.*, 1881, 3, 81, ici 92 : "l'empêcher d'en faire cet usage n'est pas diminuer son droit de propriété, y porter une atteinte quelconque. La liberté n'est pas le droit de tout faire, mais le droit de faire ce qui n'est pas prohibé par les lois".

⁵²⁶ Il n'est pas rare, en guise d'illustration, qu'un règlement communal relatif à l'ordre public prévoit l'enlèvement d'office des affichages irréguliers, ou qu'en pratique des scellés soient posés sur des panneaux non autorisés afin d'éviter l'affichage : comp. Cass., 21 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 870 ou Bruxelles, 9 janvier 1990, *J.T.*, 1990, p. 360, même si dans les deux cas la question de l'exécution d'office n'était pas débattue. À défaut d'une loi, un tel règlement doit être considéré comme illégal. En présence d'une loi, sous réserve d'un espace disponible pour évoluer dans une matière qui peut être considérée comme une police spéciale suffisamment détaillée que pour empêcher toute intervention communale réglementaire, le règlement peut orienter les pouvoirs éventuellement conférés à des organes communaux, sans les limiter ni les étendre. Mais, en toute hypothèse, sauf mention contraire, l'absence d'un règlement communal n'empêche absolument pas l'organe d'exercer ses attributions. Comp. F. HAUMONT, B. PAQUES et M. SCHOLASSE, *Les immeubles délabrés. Mesures et contraintes juridiques et administratives*, Fondation Roi Baudouin, 1986, pp. 17 et 18.

Les arrêtés cités par P. WIGNY et A. BUTTGEBACH sont révélateurs à cet égard⁵²⁷. On ne les énumère pas car à l'époque, en réalité, ils étaient déjà tous (à l'exception d'un sur six) remplacés par un arrêté du Régent du 1^{er} octobre 1949 relatif aux mesures à prendre d'office dans le domaine de la lutte contre les végétaux et animaux nuisibles⁵²⁸ afin d'uniformiser les mesures.

La précision apportée par A. VANWELKENHUYZEN n'en reste pas moins valable. L'auteur souligne en effet que si ces textes réglementaires permettent aux autorités administratives de recourir à l'exécution d'office, c'est parce qu'ils sont pris pour l'exécution de l'article 12 du Code rural du 7 octobre 1886 en matière de police de l'agriculture⁵²⁹ aujourd'hui abrogé. Ce que le Conseil d'État a également pris la peine de souligner par voie d'avis⁵³⁰.

L'ancien article 12 du Code rural disposait en effet que "Les mesures à prendre soit pour l'échenillage et la destruction d'insectes, soit pour l'échardonnage et la destruction de plantes nuisibles, sont déterminées par arrêtés royaux. (...)". Le principe même de la destruction figurait donc dans la loi au sens strict⁵³¹. Seule la détermination des modalités de cette destruction était confiée au Roi.

La loi du 2 avril 1971 relative à la lutte contre les organismes nuisibles aux végétaux et aux produits végétaux, remplaçant l'article 12 du Code rural, ne procède pas autrement. Mais le texte gagne en précision. Son article 2 dispose qu' "En vue de protéger la culture, la conservation et le commerce des végétaux et de produits végétaux contre les organismes nuisibles, le Roi peut : (...) 5. lorsqu'il y a danger de contamination, prescrire la désinfection

⁵²⁷ P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160 et A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 346, note 18. Add. O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2 : des cas fort nombreux prévus par les lois et les règlements, dont l'arrêt royal du 2 mai 1887 au terme duquel le bourgmestre a le droit de faire exécuter d'office les mesures d'échenillage aux frais des contrevenants; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752 et note 30; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 34, n° 60 (l'exception de l'arrêt du Régent approfondi ci-dessous).

⁵²⁸ *Pasin.*, 1949, p. 546, avec l'avis du Conseil d'État.

⁵²⁹ A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 322 et 323. A. VANDER STICHELE parle également de législation : *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752 et note 30.

⁵³⁰ *Pasin.*, 1949, p. 546. À noter que si, comme le souligne le Conseil d'État en 1948, de nombreux arrêtés royaux ont permis sur cette base à l'autorité publique - le plus souvent le bourgmestre, parfois le gouverneur de province, exceptionnellement le ministre de l'agriculture, après intervention de l'administration forestière - de faire procéder d'office aux mesures prescrites aux frais des personnes normalement tenues de les exécuter, la portée du projet est de substituer à ces dispositions éparpillées une réglementation uniforme conférant au bourgmestre seul le droit de faire procéder à l'exécution d'office. À l'article 12 du Code rural s'ajoute de la sorte une base légale supplémentaire à l'endroit des attributions classiques des bourgmestres au sens de la Nouvelle loi communale précédée des décrets révolutionnaires. L'absence de référence explicite à ce texte n'est pas déterminante dans le sens contraire. À l'article 12 s'ajoute encore l'article 50 du Code rural, souvent oublié, qui continue aujourd'hui d'investir le bourgmestre du pouvoir de veiller à la stricte exécution des lois et des règlements concernant notamment la protection et la conservation des animaux et des oiseaux utiles à l'agriculture, la destruction des animaux malfaisants et dangereux pour les troupeaux, la destruction des animaux et des insectes nuisibles aux récoltes, l'extirpation des chardons et autres plantes nuisibles à l'agriculture, les moyens de prévenir et d'arrêter les maladies contagieuses des animaux de toutes espèces utiles à l'agriculture.

⁵³¹ On rencontre le même raisonnement lorsqu'il s'agit d'identifier la source d'une violation "légale" de la Constitution et de la situer dans le texte légal ou réglementaire, ce qui est capital pour déterminer la juridiction compétente.

des bâtiments ou la destruction ou la désinfection des végétaux, des produits végétaux, des animaux, des terres, des bâtiments et de tous objets qui sont porteurs ou peuvent être porteurs d'organismes nuisibles". L'article 9 prévoit aussi une indemnité pouvant être accordée "à tout propriétaire dont les plantations ou des biens mobiliers sont détruits par ordre de l'autorité compétente, en vue d'arrêter la propagation d'organismes nuisibles". D'autres dispositions de la loi organisent la recherche et le constat des infractions à la loi et à ses arrêtés d'exécution, en conférant notamment un pouvoir de saisie voire de destruction.

Vu cette loi (de même qu'une série de directives européennes organisant notamment la communication d'informations en cas d'apparition d'organismes nuisibles), l'arrêt royal du 3 mai 1994 relatif à la lutte contre les organismes nuisibles aux végétaux et aux produits végétaux⁵³² prévoit une série de dispositions détaillées dans ce sens. Au terme de l'article 5, en particulier, si le responsable (propriétaire ou autre), après déclaration, n'engage pas la lutte contre les organismes nuisibles ou s'il ne met en œuvre à cette fin que des moyens insuffisants ou inefficaces, le service fait procéder à la destruction d'office aux frais du responsable en sollicitant l'intervention du bourgmestre, les frais exposés étant à charge du responsable et recouvrés par l'administration communale.

Des subdélégations peuvent intervenir. Tel est l'objet de l'article 7 au terme duquel le ministre peut, lorsqu'il y a danger de contamination et en vue de donner les garanties nécessaires sur le plan phytosanitaire, interdire ou réglementer le transport de végétaux, produits végétaux et terres provenant de terrains contaminés, y interdire la culture de certains végétaux et surtout prescrire toute mesure d'arrachage, d'abattage, de culture, de récolte, d'entreposage ou de destruction, requise pour l'extermination des organismes nuisibles. Dans ce cadre, l'article 8 fait clairement le lien avec "la destruction d'office de l'article 9 de la loi" ("en application de" cette disposition qui pourtant concerne avant tout l'indemnité) pour laquelle, lorsqu'elle est décidée, le ministre nomme sans tarder un ou plusieurs experts qui ont pour mission de constater la nature et l'importance des végétaux et des biens mobiliers qui font l'objet de la destruction envisagée.

436. Les arrêtés relatifs à la fièvre aphteuse. Le même scénario existe en ce qui concerne la fièvre aphteuse, le sixième exemple cité en référant à un arrêt royal. En réalité, la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux jette les bases du dispositif destiné à lutter contre certaines maladies des animaux⁵³³ et confie au Roi, pour le surplus, la mission de détailler les mesures. Tel est l'objet de l'arrêt royal du 3 avril 1965 en ce qui concerne la fièvre aphteuse, et d'une série impressionnante d'autres arrêtés concernant différentes autres maladies.

⁵³² L'arrêt remplace également, selon toute vraisemblance et de manière peut-être différée, à l'instar de l'arrêt du Régent, l'arrêt du 20 décembre 1951 relatif à la protection des biens boisés contre les insectes nuisibles dont l'article 7 est cité par A. VANWELKENHUYZEN en ce qu'il conférerait au ministre de l'agriculture le pouvoir d'effectuer des travaux d'office avec récupération des frais par l'administration des domaines par voie de contrainte. Les insectes sont en effet considérés comme des organismes nuisibles au sens de l'arrêt du 3 mai 1994 dont la liste est reprise en annexe dudit arrêt.

⁵³³ La loi abroge en même temps la loi du 30 décembre 1882 sur la police des animaux domestiques et les insectes nuisibles qui, anciennement, faisait de même. Rem. C.E., France et crts, n° 21.548, 13 novembre 1981, R.A.C.E., 1981, p. 1509.

Il est impossible de reprendre leur réglementation en détail, même de manière sommaire, tant les aspects varient selon les maladies, les objets (exploitation, transport, exportation, etc.)⁵³⁴.

Parmi ces arrêtés, l'arrêté royal du 3 avril 1965 relatif à la lutte contre la fièvre aphteuse permet ainsi à l'inspecteur vétérinaire de prescrire toutes les mesures qu'il juge utiles (article 3) et organise, dans un chapitre particulier, l'abattage par ordre en cas d'infection. Au terme des articles 17 et 18, il est stipulé que "Le bourgmestre informé (...) prend les mesures indispensables à l'exécution de l'ordre d'abattage. Il requiert, au besoin, les forces de gendarmerie". "Les animaux faisant l'objet de l'ordre d'abattage sont enlevés par les soins de l'Institut national de recherches vétérinaires, pour être abattus".

L'article 36 concerne les mesures appliquées d'office : "Si un propriétaire ou détenteur d'animaux biongulés n'applique pas une ou des mesures prévues par le présent arrêté ou ordonnées par l'inspecteur vétérinaire, le bourgmestre fait appliquer ces mesures d'office aux frais du propriétaire ou détenteur intéressé sous la surveillance de la police locale et requiert au besoin le concours des forces de gendarmerie. Les frais sont recouverts par l'administration communale".

À noter dans les deux cas la prescription par arrêté royal des mesures d'exécution d'office (resp. articles 5 et 36 des arrêtés, par exemple), mais par la loi de la confiscation et la destruction à ordonner aux frais du condamné en cas de condamnation (resp. articles 8 et 26 des lois, au demeurant pratiquement identiques⁵³⁵). Les deux procédés ne sont donc pas forcément exclusifs et ponctuent, en réalité, l'évolution d'une situation donnée.

437. Un arrêté relatif aux ouvrages établis sur les fossés des routes. Un autre exemple d'une mesure légale d'exécution d'office, mais présentée comme étant réglementaire, peut être trouvé chez A. VANDER STICHELE dans l'arrêté royal du 7 septembre 1933 prescrivant des mesures relatives aux ouvrages établis sur les fossés des routes⁵³⁶.

L'arrêté permet au ministre des travaux publics ou son délégué d'ordonner la démolition de ces ouvrages sans indemnité "lorsque l'intérêt public l'exige" ou lorsqu'il n'a pas été autorisé, ne l'est plus ou ne répond pas aux conditions d'entretien précisées, ou de mettre en demeure

⁵³⁴ Fait partie de ces arrêtés l'arrêté royal du 24 mai 1937, article 10, concernant l'abattage des vaches atteintes de tuberculose mammaire, cité par M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 18. *Add.* l'arrêté royal du 6 décembre 1978 relatif à la lutte contre la brucellose bovine, régulièrement modifié, en particulier les articles 55 et 57. Ces dispositions permettent au bourgmestre de faire exécuter d'office, (à la requête de l'inspecteur vétérinaire et) sous la surveillance de la police et de la gendarmerie, aux frais des intéressés à recouvrer par l'administration communale, respectivement les mesures ou injonctions ou l'ordre d'abattage que le responsable refuse d'exécuter.

⁵³⁵ L'article 8 de la loi du 2 avril 1971 est ainsi libellé : "En cas de condamnation, le tribunal peut ordonner la confiscation ainsi que la destruction des végétaux et des produits végétaux. La confiscation et la destruction sont toujours ordonnées dans le cas où la nature ou la composition du produit l'imposent. La destruction ordonnée par le tribunal ou exécutée en vertu de l'article 6, quatrième alinéa (lors d'une saisie), se fait aux frais du condamné. Le tribunal peut, en outre, ordonner la publication du jugement (...) le tout aux frais du condamné" (*ad.*).

⁵³⁶ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752 et note 30. L'arrêté est relatif à la construction ou la modification des ouvrages établis sur les fossés des routes de l'État.

d'exécuter les travaux requis dans un délai déterminé. À défaut d'obtempérer, outre l'établissement de peines, l'administration "procède d'office aux travaux de démolition ou autres, aux frais du contrevenant, et fait la récupération de ses débours sur simple état des frais des entrepreneurs ou ouvriers, appuyé des quittances" (article 8)⁵³⁷.

L'étonnant fondement légal avancé par le Roi est le décret du 22 décembre 1789 - janvier 1790, article 2, nos 6 et 7, au terme duquel c'est sous l'autorité et l'inspection du Roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume, que les administrations du département seront encore chargées de l'administration des forêts, rivières, chemins et autres choses communes, ainsi que de la direction et confection des travaux pour la confection des routes, canaux et autres ouvrages publics autorisés dans le département.

438. Le règlement général pour la protection du travail. M.-A. FLAMME mentionne le règlement général pour la protection du travail dont les articles 21 à 23 de l'arrêté du Régent du 11 février 1946 disposent - aujourd'hui pour la Région wallonne uniquement⁵³⁸ - que "Si un danger met en péril la sécurité ou la santé du personnel ou des voisins et que le chef d'entreprise refuse d'obtempérer aux instructions du fonctionnaire technique compétent, le bourgmestre, sur rapport de ce dernier, ordonnera la cessation du travail, mettra les appareils sous scellés et, au besoin, procédera à la fermeture provisoire immédiate de l'établissement. Les mêmes pouvoirs sont conférés au fonctionnaire technique compétent, en cas d'inertie du bourgmestre ou lorsque l'imminence du danger est telle que le moindre retard peut provoquer un accident. (...)" (article 21). Les articles 22 et 23 visent les mêmes mesures en cas d'infractions aux dispositions ou de non-respect des conditions d'exploitation, ainsi que de retrait d'autorisation.

En réalité, le règlement général a été approuvé par arrêtés du Régent du 11 février 1946 et du 27 septembre 1947. Une base légale existe dans la loi du 5 mai 1888 relative à l'inspection des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, et à la surveillance des machines et chaudières à vapeur. Si la loi est réduite à sa plus simple expression, elle peut être considérée comme emportant une délégation générale au pouvoir exécutif⁵³⁹. Force est cependant de

⁵³⁷ L'arrêté rapporte celui du 12 mai 1840 (et celui du 9 juillet 1842) cité par O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2, en matière de grande voirie concernant l'administration des ponts et chaussées.

En matière de voirie, on peut mentionner aussi l'article 2 de l'arrêté royal du 29 février 1836 concernant les constructions, plantations et autres travaux à faire le long des grandes routes, au terme duquel les contraventions aux dispositions qui précèdent seront constatées dans la forme ordinaire et réprimées conformément à la loi du 6 mars 1818, indépendamment des mesures qui pourront être prises pour faire effectuer la démolition des maisons, bâtiments, murs, etc., construits, reconstruits, réparés ou améliorés, ou l'enlèvement des plantations faites sans autorisation préalable, le long des grandes routes soit dans les traverses des villes, bourgs ou villages, soit ailleurs.

⁵³⁸ En règle, toutefois, une série de mesures d'office de sécurité peuvent être prises par le bourgmestre ou le fonctionnaire technique compétent lorsqu'un danger met en péril la sécurité du personnel ou des voisins et que le chef d'entreprise refuse d'obtempérer aux instructions.

⁵³⁹ Voy. sur ce point la critique de M. VAUTHIER, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1950, n° 33, p. 52, suite de la note 2 et n° 56, p. 83. Faut-il y voir une manifestation du pouvoir réglementaire autonome du Roi ? Rem. cep. Cass., 16 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, 132 : le pouvoir du Roi de prendre des arrêtés sur les établissements dangereux, insalubres ou incommodes, distinct du pouvoir communal lié à la police des spectacles, est reconnu en exécution de dispositions tirées de la législation antérieure, notamment le décret de l'Assemblée nationale du 22 décembre 1789 (section III, article 2) et la loi du 21 mai 1819 sur le droit de patente (article 2). Selon la Cour, la loi du 5

constater qu'elle ne contient pas le principe de l'exécution d'office, mais uniquement des peines pour les infractions à tous les arrêtés relatifs à la matière. Les modifications apportées au règlement par les régions depuis la régionalisation concernant le titre I l'ont d'ailleurs été par décret ou ordonnance.

439. L'arrêté relatif à l'assainissement des sites charbonniers désaffectés. M.-A. FLAMME cite aussi un arrêté royal du 18 avril 1967 sur l'assainissement des sites charbonniers désaffectés donnant au Roi le pouvoir d'assainir les sites charbonniers désaffectés dont l'état d'abandon et la laideur hypothèquent lourdement le renouveau économique des régions concernées (réalisation de travaux d'office, le cas échéant après un délai convenu ou imparti, et frais privilégiés recouverts par contrainte jusqu'à recourir éventuellement à la vente) (articles 4 à 7)⁵⁴⁰.

Il s'agit en réalité d'un arrêté numéroté (n° 2), c'est-à-dire de pouvoirs spéciaux, pris vu l'article 1^{er}, 1° et l'article 3 de la loi du 31 mars 1967 attribuant certains pouvoirs au Roi en vue d'assurer la relance économique, l'accélération de la reconversion régionale et la stabilisation de l'équilibre budgétaire, et permettant de prendre les mesures *légal*es nécessaires pour pouvoir procéder à l'assainissement des sites industriels désaffectés.

Au terme de l'article 4 non invoqué, le Roi peut assurer l'application des dispositions prises en vertu de la loi par des sanctions de nature administrative, civile, fiscale et pénale (ces dernières étant limitées).

440. Le règlement général de police sur les mines, minières et carrières souterraines. M.-A. FLAMME mentionne encore l'arrêté du 5 mai 1919 portant règlement général de police sur les mines, minières et carrières souterraines⁵⁴¹. L'arrêté stipulerait qu'en cas d'urgence la députation permanente pourra ordonner que son arrêté, prescrivant des mesures de sécurité, soit provisoirement exécuté, et qu'en cas de danger imminent, l'ingénieur des mines disposerait d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner spontanément les réquisitions nécessaires, l'exécution de celles-ci étant assurée à l'intervention soit du gouverneur soit du commissaire d'arrondissement.

Tel est bien le prescrit des dispositions de l'arrêté précité⁵⁴² qui ne doivent toutefois pas cacher leur fondement légal particulièrement explicite et dont elles assurent surtout la mise en œuvre.

mai 1888 a reconnu la légalité des arrêtés concernés en sanctionnant les infractions aux dispositions de tous arrêtés relatifs auxdits établissements.

⁵⁴⁰ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 17. Rem. que les frais d'assainissement sont privilégiés au terme de l'article 27, 6° de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851.

⁵⁴¹ M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 16 avec, à titre d'exemple, un arrêt C.E., S.A. Métallurgique de Prayon, n° 9.857, 8 février 1963, R.A.A.C.E., 1963, p. 109.

⁵⁴² L'arrêté royal du 5 mai 1919 est modifié par arrêté royal du 20 septembre 1950, mais aussi par décret régional wallon du 27 octobre 1988 (mod. les articles 8 à 12 non concernés ici). Pour l'essentiel, la crainte porte sur l'intégrité d'une mine, la solidité des travaux, la sécurité et la santé des ouvriers occupés dans une exploitation de mine, de minière ou de carrière souterraine, qu'il s'agit d'assurer en partenariat avec l'exploitant ou son délégué, l'autorité locale et le gouverneur de la province ainsi que le directeur divisionnaire du bassin minier.

L'article 76 des lois coordonnées le 15 septembre 1919 sur les mines, minières et carrières⁵⁴³ dispose en effet dans son article 76 (modifié en 1998) que des arrêtés royaux régleront les dispositions à prendre soit à titre préventif, soit en cas de danger imminent, tant pour la sauvegarde de la sûreté, de la salubrité et de la commodité publiques que pour l'intégrité de la mine, la solidité des travaux, la sécurité des ouvriers, ainsi que la conservation des propriétés et des eaux utiles à la surface. Ils détermineront la compétence des autorités chargées de pourvoir aux mesures d'exécution, et notamment, s'il y a lieu, à la suspension de l'exploitation, à son interdiction provisoire, même pour un temps indéterminé, et à l'exécution d'office des travaux nécessaires⁵⁴⁴.

L'article 76 précise encore que les travaux, y compris ceux à effectuer pour la sécurité des anciens puits de mines existant dans le périmètre de la concession, seront à la charge de l'exploitant actuel, même lorsque ces travaux doivent être exécutés d'office en vertu des règlements prévus au présent article.

Quant à l'article 77 des lois coordonnées, il précise dans son alinéa 2 qu'il n'est de la sorte point dérogé à l'exécution provisoire, dans les cas d'urgence, des mesures ordonnées soit par la députation provinciale, soit par les ingénieurs des mines, conformément aux lois existantes.

À noter encore l'article 73, concernant le concessionnaire déchu, à charge duquel la responsabilité est maintenue pour tous les dommages qui seraient reconnus provenir de son exploitation. À défaut pour lui d'exécuter les travaux nécessaires pour sauvegarder la sécurité publique et la conservation de la mine, l'État aura le droit, après une sommation restée infructueuse, et même sans cette formalité, en cas d'urgence, d'y faire procéder d'office. Les frais déboursés seront recouvrables par privilège sur les dépendances de la mine ou sur les sommes dont le nouveau concessionnaire serait redevable.

Outre les procédures habituelles de déclaration, de rapport, d'audition et de prescription par arrêté de la députation permanente du conseil provincial des mesures nécessaires pour remédier à toute cause de compromission (articles 1 à 3, avec l'exécution provisoire éventuellement ordonnée en cas d'urgence, mais qui ne semble pas comporter le recours autorisé à la contrainte), l'article 4 de l'arrêté dispose qu' "En cas de danger imminent, soit au fond, soit à la surface, l'ingénieur des mines fera, d'après les dispositions qu'il jugera convenables et sous sa responsabilité, les réquisitions nécessaires pour qu'il soit paré à ce danger. L'exécution de ces réquisitions est assurée à l'intervention soit du gouverneur de province, soit du commissaire d'arrondissement du ressort; ceux-ci prendront toutes mesures pour qu'il y soit donné suite sur-le-champ et, à cet effet, ils disposeront notamment de la police et de la gendarmerie. (...)". Les articles 5 et 6, quant à eux, sont consacrés aux travaux de salubrité. Lorsqu'une partie ou la totalité d'une exploitation souterraine est dans un état de délabrement ou de vétusté tel que la vie des personnes est compromise ou pourrait l'être et que le directeur divisionnaire du bassin minier juge qu'il n'est pas possible de la réparer convenablement, ce fonctionnaire en fait rapport au gouverneur de la province qui entend l'exploitant ou son délégué. La députation permanente du conseil provincial peut ordonner la fermeture des travaux ainsi que l'exécution des mesures nécessaires pour assurer la sécurité publique, avec recours au ministre et possibilité d'une exécution provisoire en cas d'urgence. En cas de refus ou de retard de l'exploitant à exécuter les travaux ordonnés, il y est pourvu d'office sous la direction du directeur divisionnaire du bassin minier ou de son délégué et sous le contrôle du bourgmestre de la commune pour ce qui concerne les travaux à effectuer à la surface.

⁵⁴³ L'arrêté est pris vu l'article 15 de la loi du 5 juin 1911 complétant et modifiant les lois du 21 avril 1810 et du 2 mai 1837 sur les mines, minières et carrières, mais coordonnées le 15 septembre 1919.

⁵⁴⁴ *Add.* apparemment l'arrêté royal du 15 juillet 1919 relatif à la désignation des agents responsables dans les travaux des mines, modifié par l'arrêté royal du 25 mars 1966, article 9.

À remarquer finalement l'article 20 du décret du 27 octobre 1988 du Conseil régional wallon sur les carrières, habilitant les bourgmestres, fonctionnaires et agents désignés à prendre toutes mesures, en ce compris la mise sous scellés, pour assurer l'application immédiate de l'ordre d'interrompre l'exploitation en cas d'infraction aux conditions du permis d'extraction.

441. La réglementation générale sur la police de la circulation routière. Un exemple retient en particulier l'attention. Il s'agit de l'arrêté royal du 10 décembre 1958 relatif à la réglementation générale sur la police de la circulation routière, dont l'article 35 prévoit le déplacement forcé d'un véhicule aux frais et risques (!) du conducteur ou du civilement responsable refusant d'obtempérer⁵⁴⁵, devenu l'article 4 de l'arrêté royal du 1^{er} décembre 1975 portant règlement général sur la police de la circulation routière et dont le point 4 stipule que "Tout conducteur d'un véhicule à l'arrêt ou en stationnement est tenu de le déplacer dès qu'il en est requis par un agent qualifié. En cas de refus du conducteur ou si celui-ci est absent, l'agent qualifié peut pourvoir d'office au déplacement du véhicule. Le déplacement s'effectue aux risques et frais du conducteur et des personnes civilement responsables, sauf si le conducteur est absent et le véhicule en stationnement régulier. Cette faculté ne peut, dans les mêmes conditions, être exercée par un usager sans l'intervention d'un agent qualifié"⁵⁴⁶.

Si les lois coordonnées (le 16 mars 1968) relatives à la police de la circulation routière disposent, en leur article 1^{er}, que le Roi arrête les règlements généraux ayant pour objet la police de la circulation routière sur la voie publique⁵⁴⁷, une telle délégation paraît très importante. Elle dénote par comparaison avec la faculté réglée par la loi d'imposer le déchargement de véhicules surchargés⁵⁴⁸ ou de retenir le véhicule de l'auteur d'une infraction n'ayant pas de domicile ou de résidence fixe en Belgique⁵⁴⁹.

On s'écarte toutefois du droit administratif en la matière pour concerner le "droit de la police", finalement peu éloigné, mais très réglementé et de manière spécifique.

442. Le règlement général des voies navigables. L'arrêté royal du 15 octobre 1935 portant règlement général des voies navigables du Royaume comporte plusieurs dispositions liées à l'exécution d'office dont l'article 10⁵⁵⁰, l'article 49⁵⁵¹, l'article 78, al. 2⁵⁵², mais surtout

⁵⁴⁵ A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R. W., 1961, col. 1752 et note 30.

⁵⁴⁶ Il a été précisé que l'utilisation des sabots est une mesure de rétention non autorisée par la disposition (Q.R., Chambre, s.e., 1991-1992, n° 14, p. 711).

⁵⁴⁷ L'arrêté est pris vu la loi relative à la police de la circulation routière, coordonnée le 16 mars 1968, not. l'article 1^{er}. Le préambule a été conseillé par la S.L.C.E., mais la disposition n'a pas fait l'objet d'un commentaire particulier (*Pasin.*, 1975, II, p. 1662).

⁵⁴⁸ L'article 62 stipule dans ses deux derniers alinéas qu'en cas d'infraction aux dispositions réglementaires (!) qui imposent aux véhicules un maximum de chargement, les fonctionnaires et agents précités, ainsi que tous officiers de police judiciaire, peuvent obliger les conducteurs à décharger leurs véhicules de l'excédent de poids constaté, avec retenue du véhicule en cas de refus, aux frais, risques et périls du délinquant ou de ses ayants cause.

⁵⁴⁹ La question est réglée par le § 3 de l'article 65 des lois coordonnées, avec saisie éventuelle par le ministère public au terme d'un délai fixé.

⁵⁵⁰ Sans préjudice des peines prévues, les agents de l'administration ont le droit d'arrêter et de faire conduire d'office à tel endroit qu'ils désignent, pour y être garé, tout bateau, train, radeau, barquette ou embarcation de

l'article 102 au terme duquel, lorsqu'un bateau est coulé ou menace de couler bas, lorsqu'il est amarré d'une manière insuffisante, ou placé de façon à gêner le passage et, en général, chaque fois qu'il s'agit d'assurer la liberté ou la sécurité de la navigation, de faciliter l'écoulement des eaux ou de sauvegarder les intérêts du régime de la rivière, l'ingénieur en chef-directeur et, en cas d'urgence, tout fonctionnaire préposé à la surveillance de la voie navigable est autorisé à prescrire aux patrons les mesures qu'il juge nécessaires, alors même qu'elles ne sont pas prévues par le règlement. Les patrons sont tenus de se conformer immédiatement aux ordres donnés. Faute de ce faire, ou s'ils ne se trouvent pas présents, les mesures prescrites peuvent être exécutées d'office et à leurs frais. L'état de ces frais est vérifié et arrêté par l'ingénieur en chef-directeur du ressort (avec possibilité de contrainte selon l'article 109).

À cela s'ajoute l'article 104 disposant que les administrations communales, la gendarmerie et toutes personnes revêtues d'une autorité doivent, si elles en sont requises, prêter main-forte pour l'exécution du présent règlement et des règlements particuliers. L'exécution immédiate des décisions est prévue par l'article 105 s'il y a urgence, lorsqu'il est appelé à l'ingénieur en chef-directeur et au Ministre.

Le fondement légal dudit arrêté pose problème dans la mesure où, sauf erreur, il est seulement pris vu toute une série d'arrêtés antérieurs qu'il coordonne, auxquels sont ajoutées deux lois qui ne sont en réalité d'aucun secours, la loi du 2 janvier 1926 portant modification au régime des péages des voies navigables administrées par l'État et la loi du 13 août 1928 instituant l'Office de la navigation⁵⁵³.

La liste des arrêtés s'allonge lorsqu'on recourt au préambule de l'arrêté royal du 1^{er} mai 1889 portant règlement de police et de navigation administrées par l'État⁵⁵⁴ ou celui de l'arrêté royal du 7 septembre 1950 modifiant le règlement général. Mais, outre la référence à l'ancien article 67 de la Constitution, on remonte de la sorte à l'édit du 13 août 1669 portant règlement général pour les eaux et forêts, en passant par le décret du 22 décembre 1789 - janvier 1790, section III, article 2 et deux décrets des 16 décembre 1811 et 10 avril 1812⁵⁵⁵ ...

plaisance pour lequel les prescriptions qui précèdent n'ont pas été observées, et de l'y faire retenir jusqu'à ce que le patron se soit mis en règle.

⁵⁵¹ À défaut par le patron dont le bateau est coulé bas de le remettre à flot le plus tôt possible, un délai lui est assigné par l'ingénieur en chef directeur du ressort à l'expiration duquel, le cas échéant, des mesures sont prises d'office à ses frais, risques et périls, conformément à l'article 102 du règlement.

⁵⁵² Le patron dont le bateau a un excès de charge est tenu de débarquer immédiatement l'excédent de charge de son bateau, faute de quoi il y est procédé d'office et à ses frais.

⁵⁵³ La loi du 8 mai 1888 (la seule figurant des codes Laricier) n'est pas renseignée, et pour cause, puisqu'elle ne contient aucune habilitation et qu'elle est relative aux passages d'eau et au libre cours des rivières et canaux navigables et flottables.

⁵⁵⁴ *Pasin.*, 1889, p. 112.

⁵⁵⁵ Comp. Cass., 16 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, 578, note 1 à 3 signée F. D. (vraisemblablement l'av. gén. F. DUMON à l'origine des concl. conf.) attribuant les mesures d'office à l'arrêté royal de 1935. Rem. pourtant Cass., 9 juillet 1891, *Pas.*, 1891, I, 202 et concl. conf. MESDACH de ter KIELE retraçant de manière approfondie l'historique de la réglementation en remontant jusqu'au droit romain (ce qui permet au passage d'apprécier le souci grandissant de légalité des actes réglementaires liés aux droits de police et d'exécution d'office parfois confondue selon qu'elle intervient avant ou après intervention du juge) et mentionnant les dispositions renseignées dans le texte (*add.* la loi du 29 floréal an X), confirmées par la Cour : les dispositions administratives situent le débat hors du droit civil, exclusivement sur le terrain du droit administratif (la mesure de police a été

443. Le règlement général de police des cours d'eau non navigables. La situation est différente en ce qui concerne le règlement général de police des cours d'eau non navigables qui, s'il fait l'objet d'un arrêté royal du 5 août 1970, trouve son fondement dans l'article 21 de la loi du 28 décembre 1967 relative aux cours d'eau non navigables⁵⁵⁶.

L'article 6 dudit règlement prévoit l'entreprise d'office, aux frais du propriétaire, des travaux qui s'imposent (avec concertation) pour faire cesser le dommage ou le danger causé par un ouvrage établi sans droit sur les cours d'eau concernés, à défaut pour eux de les avoir réalisés ou de manière non conforme dans le délai imparti. Les frais afférents à l'exécution d'office sont recouverts par l'administration des domaines, par voie de sommation-conainte⁵⁵⁷.

444. En matière pécuniaire. Des exemples d'habilitations légales peuvent également être trouvés en matière pécuniaire, en l'occurrence en droit fiscal.

En matière d'impôts sur les revenus, par exemple, l'article 300, § 1^{er}, 1^o du C.I.R. (l'arrêté royal du 10 avril 1992 portant coordination des dispositions légales relatives aux impôts sur les revenus, confirmé par l'article unique de la loi du 12 juin 1992) habilite le Roi à déterminer le mode à suivre pour les déclarations, la formation et la notification des rôles, les paiements, les quittances et les poursuites. Tel est l'objet de l'arrêté royal d'exécution du C.I.R. du 27 août 1993 à propos duquel est précisément née une controverse quant au point de savoir si le Roi pouvait ou non, par simple arrêté, donner un nouveau débiteur au Trésor, dans la personne du tiers saisi⁵⁵⁸.

liée à l'indisponibilité du domaine public et a ainsi permis d'écarter l'évocation de la force majeure, car le naufrage était dû à la tempête; Cass., 6 juin 1939, *Pas.*, 1939, I, 284, qui fait référence à la mission légale prévue par le décret de 1789-1790, mais considère néanmoins qu'un règlement de police ne permet pas de déroger aux articles 1382 et s. du Code civil !

⁵⁵⁶ Le Roi est autorisé à faire un règlement général de police des cours d'eau non navigables. Il détermine, dans ce règlement, le sort des ouvrages existant sans droit sur les cours d'eau non navigables.

⁵⁵⁷ D'autres infractions (et vraisemblablement les autres travaux) peuvent faire l'objet d'une remise en état judiciaire assortie d'un remplacement subsidiaire.

⁵⁵⁸ *Contra* : civ. Namur (sais.), 4 juin 1993, *Rev. not.*, 1993, p. 376; *J.T.*, 1994, p. 128; *R.R.D.*, 1993, p. 327; *Cour. fisc.*, 1993, p. 549; *Journ. proc.*, 1993, p. 27, obs. J.-P. BOURS; *J.L.M.B.*, 1994, p. 958; *F.J.F.*, 1993, p. 265, part. réformé par Liège, 8 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 150; *Journ. proc.*, 1995, p. 28, note affirmative J.-P. BOURS et N. PIROTTE, "De quelques pouvoirs illimités du fisc (bis)"; *J.L.M.B.*, 1995, p. 16 et *F.J.F.*, 1995, p. 326 : si le Roi est habilité par l'article 300 du C.I.R. à organiser la procédure de recouvrement (le mode à suivre pour les poursuites - une saisie arrêt simplifiée -), celui-ci excède ses pouvoirs en donnant au Trésor un second débiteur en la personne du tiers saisi, pour le montant global de l'impôt dû et sans contrôle juridictionnel pourtant prévu en droit commun (article 1542 du Code judiciaire) en l'absence d'une déclaration conforme de tiers saisi. Autrement dit, un arrêté royal d'exécution d'une loi fiscale ne peut donner à l'État plus de droit que la loi fiscale elle-même (sans même une nouvelle contrainte) : civ. Liège (sais.), 18 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 498; Bruxelles, 9 février 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 613; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 239, p. 480, note 2091, dont deux jugements inédits, à savoir civ. Namur (sais.), 4 mai 1984, *R.G.* n° 79/84 et civ. Liège (sais.), 6 mai 1987, *R.G.* n° 76.494/86; Liège, 21 novembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 253 et obs. affirmatives G. de LEVAL; *R.R.D.*, 1987, p. 73, note affirmative B. ROLAND, à l'époque toutefois cassé par Cass., 19 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 142, note G. de L., en se fondant apparemment sur les spécificités des règles fiscales au sens de l'article 2 du Code judiciaire, arrêt de cassation précédé dans ce sens par Liège, 27 février 1987, *Bull. contr.*, 1987, p. 1.475; *J.L.*, 1986, p. 318, et obs. crit. G. de LEVAL (impl., la question n'ayant pas réellement été débattue en l'espèce). *Add.* sur la question N. PIROTTE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1993, pp. 225 à 236; P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, pp. 101 à

Le dispositif a finalement été censuré par la Cour d'arbitrage sur base d'une discrimination par rapport aux règles du Code judiciaire en la matière⁵⁵⁹.

445. Confirmation en jurisprudence de la nécessité d'une loi : l'affaire "Pittacos". On trouve encore la confirmation de la nécessité d'une délégation dans l'affaire "Pittacos", en jurisprudence, généralement citée en doctrine à propos de l'exécution d'office, mais à tort, semble-t-il, à l'appui du principe de proportionnalité⁵⁶⁰.

Si l'arrêt conclut à l'annulation pour excès de pouvoir, il semble en même temps reconnaître la faculté d'établir certaines mesures d'office par voie réglementaire en matière de police au sens large⁵⁶¹, pourvu que ces mesures soient limitées, voire même un certain pouvoir de coercition d'office.

Il faut toutefois se méfier d'une interprétation trop rapide de l'arrêt. L'espèce n'est pas une application du principe de proportionnalité dans le cadre d'une exécution d'office au sens strict, comme la doctrine le laisse souvent penser. L'arrêt concerne plutôt les limites légales posées au

105. Comp. R. ANDERSEN et P. NIHOUL, *op. cit.*, *R.B.D.C.*, 1995, pp. 191 et 192, commentant S.L.C.E., avis n° L.23.766/8, 11 octobre 1994, sur un avant-projet de loi portant des dispositions sociales et diverses, *doc. parl.*, Sénat, sess. 1994-1995, n° 1218/1, p. 220, concernant la constitutionnalité douteuse de la délégation en matière fiscale. Dans le sens de la spécificité du droit fiscal eu égard au droit commun judiciaire, justifiable à travers l'article 2 du Code judiciaire, voy. Cass., 19 novembre 1992, *Rev. not.*, 1993, p. 144, concl. conf. av. gén. B. JANSSENS de BISTHOVEN : le dispositif de l'arrêt concerne la saisie-arrêt conservatoire simplifiée, "procédure spécifique" soumise à des règles propres et ne prévoyant - donc ne requérant - pas la notification ou signification d'une contrainte ou d'un commandement au redevable préalablement à la poursuite du tiers (par lettre recommandée valant sommation avec opposition), comme il était soutenu en vertu du droit commun; la procédure est justifiée par le nécessaire effet de surprise.

⁵⁵⁹ Le dispositif a conduit à la censure de la Cour d'arbitrage, déjà amorcée in civ. Namur (sais.), 4 juin 1993, précité, à la suite de Cass., 24 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1028 (réaffirmant la spécificité possible des règles fiscales, en l'occurrence par délégation dans les modalités de poursuites indirectes, dans la mesure où l'intérêt public le requiert; pas d'excès de pouvoir, note P.H. renseignant que l'arrêt concerne Bruxelles, 16 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 11 (contraire à la discrimination pour le tiers détenteur) et obs. G. de LEVAL et qu'un arrêt du même jour concerne (en réformant sur ce point) Liège, 8 novembre 1994, précité. *Add.* civ. Liège (sais.), 15 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1672 et notes, qui a donné lieu à C.A. (Q.P.), n° 35/97, 12 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 2 et *R.D.J.P.*, 1997, p. 144, dans lequel la Cour d'arbitrage précise qu'elle ne se prononce pas sur la constitutionnalité d'un arrêté royal, mais bien sur celle de la disposition légale (du C.I.R.) à interpréter comme autorisant le Roi à prendre la mesure litigieuse, étant supposé que, sauf indication contraire, le législateur n'entend habilitier le délégué qu'à faire de son pouvoir un usage conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour censure à la fois l'automatisme du mécanisme et l'absence d'intervention d'un juge malgré l'importance de la sanction, en soulignant bien qu'il ne lui appartient pas d'apprécier quel juge doit être saisi (le juge des saisies en droit commun de la saisie-arrêt). Le motif en est le caractère disproportionné des dérogations au droit commun, seulement tolérables dans une mesure plus limitée ou dans le cadre de la relation spécifique entre le fisc et le redevable, à laquelle le tiers est étranger. À noter l'importance du raisonnement dans la perspective retenue de l'application du droit commun. Rem. déjà sur base d'un des deux arrêts du 24 mai 1996, C.A. (Q.P.), n° 11/97, 5 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 580 et obs. N. PIROTTE, "Statut du tiers détenteur fiscal : du neuf"; *R.D.J.P.*, 1997, p. 137.

⁵⁶⁰ C.E., Pittacos, n° 4.204, 1^{er} avril 1955, *R.A.A.C.E.*, 1955, p. 333; *Pas.*, 1956, IV, 78 et obs. en note; *R.J.D.A.*, 1955, p. 214; *T.B.P.*, 1955, p. 253 et note A. VANDER STICHELE; *J.T.O.M.*, 1956, p. 4 et note L. GOFFIN (la défense de Mr Pittacos était assurée par Me Cambier). À vrai dire, seul A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 323 et note 46 cite l'arrêt au bon endroit (la loi et ses limites).

⁵⁶¹ En l'espèce, une loi indirectement concernée est en effet relative à la police au sens large au Congo.

pouvoir réglementaire en matière de police générale pour établir des mesures d'exécution d'office de portée générale au regard de la Constitution et du Code civil, et ce dans un contexte précis : à défaut de règles légales précises et en présence (tout de même) d'une délégation générique de pouvoirs (à interpréter).

446. Les faits. On se situe en effet au milieu du dix-neuvième siècle, dans le régime très particulier du Congo. Les pouvoirs de police y appartenaient au Roi, c'est-à-dire au Gouverneur général qui le représentait⁵⁶². Le Gouverneur général était "autorisé à prendre des règlements obligatoires de police et d'administration générale", selon l'article 1^{er} du décret du 6 août 1922.

En l'occurrence, aucune loi n'organisait la protection de la culture des essences arbustives et forestières. Au titre des pouvoirs de police, le Conseil d'État a donc considéré que l'administration congolaise était habilitée à combattre tous fléaux calamiteux, tels les maladies qui risquaient de compromettre la culture du café au Congo, et ce indépendamment de toute législation l'y autorisant expressément. À son estime, le Gouverneur général avait, pour lutter contre la trachéomycose fusarienne, "le droit de désigner les autorités administratives chargées d'agir, de fixer les modalités d'exécution et de prévoir les mesures nécessaires pour combattre ce fléau et en arrêter l'extension".

Le Conseil d'État a néanmoins posé des limites à ces pouvoirs. Car "si le pouvoir exécutif, au Congo, peut exercer, en matière de police, son autorité sur tous les points au sujet desquels le législateur ne s'est pas prononcé, il ne peut, par règlement de police, entreprendre sur une liberté ou sur un droit organisé par décrets qu'à la condition de ne pas contredire des décrets, à moins d'y être expressément autorisé en une matière déterminée par une loi particulière ou par un autre décret", et encore dans le respect du principe de la délégation limitée des pouvoirs.

Étaient entrepris devant le Conseil d'État successivement une ordonnance (réglementaire) du 27 juillet 1952 et, par ricochet, puisque fondé sur elle, un arrêté du gouverneur de la province orientale du 19 août 1952, qui emportait seul la décision de détruire une plantation de caféiers. L'ordonnance annulée autorisait les gouverneurs de province à prendre toutes mesures jugées utiles pour lutter contre la maladie concernée dans les plantations de caféiers, "jusques et y compris la destruction partielle ou totale de la plantation en vue d'enrayer la propagation", de même que les moyens à mettre en œuvre pour la destruction dans un délai déterminé, avec en plus la faculté de faire exécuter d'office les travaux requis d'urgence, sans autres formalités et aux frais des propriétaires, en cas de refus d'exécution immédiate des travaux prescrits ou en cas de retard dans leur exécution.

Une précédente ordonnance du 9 avril 1915 était moins expéditive. Elle se limitait à obliger les propriétaires et directeurs des plantations à se conformer à toutes mesures utiles ordonnées en matière de lutte contre les parasites et de détruire, notamment en les faisant incinérer, les arbres morts ou dépérissants, les souches, détritus ou amas quelconques qui constituaient des réceptacles favorables à la propagation des insectes et des cryptogames, le tout sous peine d'infraction. En cas de refus, des fonctionnaires désignés pouvaient, après sommation écrite,

faire exécuter d'office et aux frais des intéressés, les travaux requis d'urgence. Bien que cette ordonnance de 1915 n'ait pas fait l'objet comme telle d'un contrôle de légalité, il ressort implicitement de l'arrêt que le Conseil d'État la jugeait plus acceptable. Mais la question excédait le débat.

447. L'arrêt du Conseil d'État. Pour le Conseil d'État, il ressortait comme principe de l'article 16 de la Constitution et de l'article 544 du Code civil (plus exactement de leurs correspondants au Congo) que les autorités administratives ne détenaient pas un pouvoir illimité de réglementation, mais qu'au contraire les règlements de police devaient trouver, dans une loi particulière ou dans un décret, le principe des restrictions qu'ils apportaient au droit du propriétaire, tout au moins quand la restriction aboutissait à la suppression totale du droit de disposer de la chose appropriée.

Or, "si larges que l'on admette les pouvoirs de l'autorité administrative dans l'exercice de ses devoirs de police, de détruire, en cas de nécessité démontrée, les objets qui sont une cause immédiate de danger, il ne s'ensuit pas que le pouvoir exécutif puisse, en dehors d'une loi qui l'y autorise, s'attribuer, par règlement, le droit d'ordonner la destruction d'une plantation de caféiers quand des plants y sont atteints de trachéomycose fusarienne, et de procéder, lui-même, à la destruction en cas de refus ou de retard dans l'exécution par le propriétaire; (...) par un tel règlement, la légalité de la décision dépend, non de la nécessité de procéder à la destruction, mais de la simple constatation qu'un certain nombre indéterminé de plants sont atteints, et que ce règlement ne laisse aucun choix au propriétaire entre la destruction et l'emploi de procédés de préservation avec destruction des seuls plants malades et suspects - qu'ils soient suspects par la constatation de certains symptômes ou par la distance périphérique des plants atteints".

Bref, le Conseil d'État a considéré que le Gouverneur avait excédé ses pouvoirs en établissant des règles qui disposaient de la propriété des caféiers sains en les détruisant, en dehors de la nécessité démontrée de leur destruction immédiate. Comme telles, ces règles ne relevaient pas du pouvoir réglementaire de police, mais du législateur qui règle la propriété en vue du bien commun⁵⁶³. Autrement dit, seules des restrictions pouvaient être apportées au droit de disposer et dans la limite des pouvoirs de police.

448. Appréciation. On peut estimer aujourd'hui que, même en présence d'une loi dans le sens reproché, le principe de proportionnalité permettrait de canaliser l'action administrative, voire conduirait à la censure de la loi par la Cour d'arbitrage.

L'important dans l'arrêt, au-delà de sa fréquente citation, n'est pourtant pas tellement le principe de proportionnalité considéré en soi. L'excès de pouvoir ayant conduit à l'annulation trouvait sa source dans le défaut d'habilitation en faveur de l'autorité administrative pour établir des pouvoirs exorbitants dans le chef d'autorités directement inférieures⁵⁶⁴.

⁵⁶³ À noter au passage que le bien commun reçoit dans l'arrêt une connotation et donc une portée individuelle collective qui change de la conception traditionnelle de l'intérêt général.

⁵⁶⁴ En particulier, au risque de se répéter, dans le fait d'avoir voulu s'attribuer par règlement le droit d'ordonner la destruction d'une plantation de caféiers et de disposer ainsi de la propriété *en dehors de la nécessité*

⁵⁶² Voy. la loi sur le gouvernement du Congo belge du 18 octobre 1908, articles 8 et 21.

Le principe de proportionnalité, autrement dit, n'est pas venu limiter directement les pouvoirs de l'autorité agissante. Il a servi de critère pour apprécier la délégation de pouvoirs d'un point de vue exclusivement réglementaire. La différence est de taille, car soutenir l'inverse revient à reconnaître un pouvoir d'exécution d'office dans le chef de l'autorité agissante, que ce soit au sens strict ou dans des circonstances exceptionnelles⁵⁶⁵. Force est de constater qu'en doctrine l'arrêt est, dans la majorité des cas, cité à tort dans ce sens⁵⁶⁶.

449. Conclusion. En somme, au terme de ces développements, il est permis de conclure à la nécessité d'une habilitation légale pour que le pouvoir exécutif puisse établir un mécanisme d'exécution d'office.

De manière générale, la législation est conforme sur ce point, même si, par le passé, des délégations de pouvoirs isolées ont été conçues de manière imprécise et extensive. Pourtant, pour être acceptable, l'habilitation doit répondre aux critères de la délégation stricte des pouvoirs. Le mécanisme de l'exécution d'office lui-même ne peut pas conduire à conférer n'importe quel pouvoir à n'importe quel agent.

Il faut donc inviter les autorités à faire preuve de la plus grande prudence en la matière, compte tenu du caractère éminemment préjudiciable de l'exécution d'office pour les droits

démontrée de la destruction immédiate de tous les cafés, alors qu'une telle mesure ne relève pas du pouvoir réglementaire de police (délégué de manière très - trop - générale), mais du législateur qui règle la propriété en vue du bien commun.

⁵⁶⁵ Rem. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752, juste en-dessous de l'exemple, dans le sens de l'acceptation jurisprudentielle de l'exécution d'office lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient (avant de "reconnaître" ou remarquer que l'on trouve également des exemples dans le même sens dans la législation); du même auteur, *op. cit.*, T.B.P., 1955, p. 259; L. GOFFIN, *op. cit.*, J.T.O.M., 1956, p. 5 et l'idée de nécessité avancée comme étant confirmée : il n'y a pas d'autre moyen de protéger l'ordre public que de faire exécuter d'office. À noter que, le cas échéant, l'exemple ne serait de toute manière pas valable en droit belge, compte tenu des pouvoirs de police légaux du bourgmestre (l'ordre, la sécurité, la santé et la tranquillité publiques).

⁵⁶⁶ De la sorte : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752 et 1753; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 347 et note 21; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 310; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 20, note 4. *Contra* : A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 323 et note 46.

L'arrêt est cité de telle manière à laisser penser qu'en l'espèce le Conseil d'État aurait annulé une décision du Gouverneur du Congo ordonnant de détruire l'ensemble d'une plantation de cafés alors que seuls quelques plants étaient malades, uniquement parce que la mesure d'office ne s'était pas avérée nécessaire ou proportionnée au péril redouté pour les autres plantations. C'est d'autant plus inexact qu'en l'espèce, le Conseil d'État a considéré, au contraire, que les autorités administratives en arrivèrent à craindre le reproche d'avoir eu recours à des procédés préventifs coûteux et inefficaces au lieu de détruire immédiatement la plantation comme le requérant l'avait suggéré moyennant indemnisation. Si l'arrêté individuel a été annulé, c'est donc plutôt parce que l'ordonnance sur laquelle il se fondait était illégale et qu'elle a elle-même été annulée pour non-respect d'une délégation générale mais nécessairement limitée de pouvoirs de police. Pour être précis, l'élément suivant a pu induire la doctrine en erreur : la circonstance que le Conseil d'État ait pris la peine de souligner qu'il ne résultait pas des différents rapports établis par différents ingénieurs agronomes que tous les cafés de la plantation étaient atteints de la maladie. Avec le recul, en réalité, le Conseil d'État a seulement voulu établir sans conteste qu'en l'espèce l'autorité n'avait pas tenu compte des conditions de nécessité prévues par l'ancienne ordonnance et que son action ne pouvait donc pas y trouver son fondement, mais bien dans l'ordonnance illégale plus récente, ce qui était indispensable pour pouvoir annuler la décision individuelle par ricochet.

fondamentaux. Le texte légal gagnera à être aussi précis que possible⁵⁶⁷, pour éviter toute "compromission forcée" de la part des juges.

2. La diversité des lois

450. Des textes généraux et des textes particuliers. Parmi les normes de valeur légale qui organisent les privilèges, il convient de distinguer les textes de portée générale de ceux qui ont une portée plus spécifique. Les textes précédemment cités sont plutôt spécialisés. Le nombre de lois conduit à préférer les principaux textes généraux⁵⁶⁸ cités par les auteurs dans le cadre des privilèges. L'application de ces textes est logiquement plus fréquente et la réglementation vraisemblablement moins détaillée⁵⁶⁹, de même que moins disparate.

Les textes particuliers prévoyant la condamnation par le juge pénal à la remise en état des lieux, souvent assortie d'une faculté de remplacement, ne sont pas concernés, même si le remplacement répond généralement aux mêmes modalités que lorsque l'exécution a lieu d'office. Le texte le plus connu à cet égard est celui de l'article 65 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (devenu l'article 155 du nouveau C.W.A.T.U.P. en Région wallonne). Il y en a de nombreux autres. Mais l'intervention requise du juge les disqualifie d'entrée de jeu.

Pour le reste, les nombreuses dispositions en matière pécuniaire sont provisoirement passées sous silence. Elles seront évoquées au chapitre 2, parce qu'elles révèlent une surprise importante dans l'optique de l'application de principe du droit commun en matière administrative. Elles contiennent le plus souvent une législation particulièrement détaillée.

En tout premier lieu, il convient de mentionner les textes génériques figurant dans différentes lois organiques et conférant à certains personnages-clés des pouvoirs pour le moins importants. Ensuite viendront en vrac une série de dispositions particulières, relevées à partir des exemples mentionnés en doctrine et réactualisés. Elles se rapportent parfois aux relations entre autorités publiques.

451. La police communale. Tel est en particulier le cas des articles 134 et 175 de la Nouvelle loi communale en ce qui concerne le bourgmestre, l'exemple type⁵⁷⁰ du privilège, de

⁵⁶⁷ Comp. S.L.C.E., 7 décembre 1992 et 21 juin 1993, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1992-1993, n° A-275/1, resp. p. 59 et pp. 83 et 84 (ainsi que l'exposé des motifs, pp. 7 et 22), engageant à la sécurité juridique maximale compte tenu de la gravité des mesures autorisées (la forme de la décision et sa notification par lettre recommandée, la décision par le gouvernement seul, les limites claires et précises des pouvoirs de stricte interprétation).

⁵⁶⁸ Le choix n'est toutefois pas lié. Il emporte nécessairement une appréciation personnelle, comme l'atteste celui de C. SIRAT qui identifie, quant à lui, quatre grandes lois ou matières : la réquisition, les immeubles menaçant ruines, la santé publique et la publicité. Voy. C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 4).

⁵⁶⁹ P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 766, p. 530, considèrent que les textes liés aux polices spéciales sont généralement plus précis que ceux relevant de polices générales.

⁵⁷⁰ H. VUYE, *op. cit.*, n° 813, p. 833.

loin le plus cité, dont la portée est tellement générale que, selon A. VANWELKENHUYZEN, "L'exécution d'office dans les cas d'urgence trouvera (...) toujours un fondement légal dans les dispositions relatives à la police communale"⁵⁷¹.

En dépit des deux dispositions plus précises, il convient en réalité de combiner plusieurs articles de la loi.

L'article 135 de la Nouvelle loi communale fixe en effet les attributions des communes⁵⁷², dans lesquelles l'exécution d'office s'inscrit nécessairement. Or, au terme de l'article 133 de la Nouvelle loi communale, c'est le bourgmestre qui, en principe, est l'agent d'exécution de la commune⁵⁷³.

Les articles 134 et 175 sont vraisemblablement ceux qui confèrent au bourgmestre les plus importants de ses pouvoirs d'office⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 325.

⁵⁷² Article 135 : "§ 1^{er}. Les attributions des communes sont notamment : de régir les biens et revenus de la commune; de régler et d'acquitter celles des dépenses locales qui doivent être payées des deniers communs; de diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à charge de la commune; d'administrer les établissements qui appartiennent à la commune, qui sont entretenus de ses deniers, ou qui sont particulièrement destinés à l'usage de ses habitants. § 2. De même, les communes ont pour mission de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics. Plus particulièrement, et dans la mesure où la matière n'est pas exclue de la compétence des communes, les objets de police confiés à la vigilance et à l'autorité des communes sont : 1^o tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques; ce qui comprend le nettoiement, l'illumination, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des bâtiments menaçant ruine, l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou autres parties des bâtiments qui puisse nuire par sa chute, et celle de rien jeter qui puisse blesser ou endommager les passants, ou causer des exhalaisons nuisibles; la police de la circulation routière, en tant qu'elle s'applique à des situations permanentes ou périodiques, ne tombe pas sous l'application du présent article; 2^o le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique, telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues; le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les bruits et attroupements nocturnes qui troublent le repos des habitants; 3^o le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics; 4^o l'inspection sur la fidélité du débit des denrées pour la vente desquelles il est fait usage d'unités ou d'instruments de mesure, et sur la salubrité des comestibles exposés en vente publique; 5^o le soin de prévenir, par les précautions convenables, et celui de faire cesser par la distribution des secours nécessaires, les accidents et fléaux calamiteux, tels que les incendies, les épidémies et les épizooties; 6^o le soin de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par la divagation des animaux malfaisants ou féroces; 7^o la prise des mesures nécessaires, y compris les ordonnances de police, afin de combattre toute forme de dérangement public". Le § 2, al. 2, 7^o a été inséré par l'article 7 de la loi du 13 mai 1999.

⁵⁷³ Article 133 : "Le bourgmestre est chargé de l'exécution des lois, des décrets, des ordonnances, des règlements et arrêtés de l'État, des Régions, des Communautés, des Commissions communautaires, du conseil provincial et de la députation permanente du conseil provincial, à moins qu'elle ne soit formellement attribuée au collège des bourgmestre et échevins ou au conseil communal. Il est spécialement chargé de l'exécution des lois, décrets, ordonnances, règlements et arrêtés de police. Néanmoins, il peut, sous sa responsabilité, déléguer ses attributions, en tout ou en partie, à l'un des échevins. Sans préjudice des compétences du Ministre de l'Intérieur, du gouverneur et des institutions communales compétentes, le bourgmestre est l'autorité responsable en matière de police administrative sur le territoire de la commune". À noter le droit reconnu au conseil communal d'être informé sur la manière dont le bourgmestre exerce ses attributions en matière de police, reconnu à l'article 133bis de la même loi.

⁵⁷⁴ Rem. toutefois les pouvoirs de fermeture temporaire d'un établissement par le bourgmestre au terme des nouveaux articles 134ter et 134quater (articles 5 et 6 de la loi du 13 mai 1999). Article 134ter : "Le bourgmestre

Au terme de l'article 134, § 1^{er}, "En cas d'émeutes, d'attroupements hostiles, d'atteintes graves portées à la paix publique ou d'autres événements imprévus, lorsque le moindre retard pourrait occasionner des dangers ou des dommages pour les habitants, le bourgmestre peut faire des ordonnances de police, à charge d'en donner sur-le-champ communication au conseil, en y joignant les motifs pour lesquels il a cru devoir se dispenser de recourir au conseil. Ces ordonnances cesseront immédiatement d'avoir effet si elles ne sont confirmées par le conseil à sa plus prochaine réunion"⁵⁷⁵.

L'article 175 vient compléter très utilement la précédente disposition, en prévoyant qu' "En cas d'émeutes, d'attroupements hostiles ou de menaces graves et imminentes contre l'ordre public, le bourgmestre ou celui qui le remplace peut requérir la gendarmerie ou l'armée aux fins de maintenir ou de rétablir la tranquillité publique. Elles sont tenues de se conformer à ces réquisitions. La réquisition doit se faire par écrit, être datée et porter le nom, la qualité et la signature de l'autorité requérante; elle doit en outre mentionner la disposition légale sur laquelle elle se fonde ainsi que l'objet de la réquisition. Le gouverneur de province et le commissaire d'arrondissement sont immédiatement informés de la réquisition par l'autorité requérante. En cas d'urgence, la gendarmerie ou l'armée peut être requise par voie télégraphique ou téléphonique. Pareille réquisition doit être confirmée au plus tôt dans les formes prévues à l'alinéa 2. En cas de réquisition ou d'intervention de la gendarmerie ou de l'armée, la police communale reste sous l'autorité du bourgmestre et la direction du chef de corps. Les forces requises restent en contact étroit avec l'autorité requérante et le chef de corps pour intervenir de manière coordonnée".

Font partie de ces pouvoirs le pouvoir de démolition d'un édifice menaçant ruine⁵⁷⁶, d'office lorsque les conditions de l'article 134, § 1^{er} sont remplies⁵⁷⁷, ou encore l'enlèvement des biens

peut, dans le cas où tout retard causerait un dommage sérieux, prononcer une fermeture provisoire d'un établissement ou la suspension temporaire d'une autorisation lorsque les conditions d'exploitation de l'établissement ou de la permission ne sont pas respectées et après que le contrevenant ait fait valoir ses moyens de défense, sauf lorsque la compétence de prendre ces mesures, en cas d'extrême urgence, a été confiée à une autre autorité par une réglementation particulière. Ces mesures cesseront immédiatement d'avoir effet si elles ne sont confirmées par le collège des bourgmestre et échevins à sa plus prochaine réunion. Aussi bien la fermeture que la suspension ne peuvent excéder un délai de trois mois. La décision du bourgmestre est levée de droit à l'échéance de ce délai". Article 134quater : "Si l'ordre public autour d'un établissement accessible au public est troublé par des comportements survenant dans cet établissement, le bourgmestre peut décider de fermer cet établissement pour la durée qu'il détermine. Ces mesures cesseront immédiatement d'avoir effet si elles ne sont confirmées par le collège des bourgmestre et échevins à sa plus prochaine réunion. La fermeture ne peut excéder un délai de trois mois. La décision du bourgmestre est levée à l'échéance de ce délai".

⁵⁷⁵ § 2. Pour les communes de la région de langue allemande, les communes énumérées à l'article 7 des lois sur l'emploi des langues en matière administratives, coordonnées le 18 juillet 1966, ainsi que les communes de Comines-Warneton et de Fourons, le bourgmestre communique immédiatement les ordonnances visées au § 1^{er} au gouverneur de province, en y joignant les motifs pour lesquels il a cru devoir se dispenser de recourir au conseil. Le gouverneur peut en suspendre l'exécution.

⁵⁷⁶ Cass., 28 octobre 1935, *Pas.*, 1936, I, 14, sur base de l'ancien article 90 de la loi communale. Il s'agit d'une simple limite à l'exercice du droit de propriété, non de la privation de ce droit. En l'espèce, seul l'ordre de démolir était contesté, en l'absence d'exécution d'office.

⁵⁷⁷ Add. la fermeture et l'évacuation de tous magasins ou dépôts d'armes ou de munitions par le bourgmestre ou le gouverneur en cas d'émeutes, d'attroupements suspects ou d'atteintes portées à la paix publique : article 23 de la loi du 3 janvier 1933 relative à la fabrication, au commerce et au port des armes et au commerce des munitions.

qui entravent la sécurité ou la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques⁵⁷⁸. Il n'est pas rare que des règlements communaux viennent encadrer ces pouvoirs⁵⁷⁹.

Cela dit, parallèlement à ces pouvoirs et de manière complémentaire, les services de police eux-mêmes ont pour mission de maintenir l'ordre⁵⁸⁰.

452. La police provinciale. Le même type de dispositions se retrouvent aux articles 128, 129 et 139 de la loi provinciale et concernent les gouverneurs de province et les commissaires d'arrondissement.

Le gouverneur veille au maintien de la tranquillité et du bon ordre dans la province, à la sûreté des personnes et des propriétés. À cet effet, il dispose de la gendarmerie, en se conformant aux lois sur la matière (article 128)⁵⁸¹.

L'article 129 précise au demeurant qu'en cas de rassemblements tumultueux, de sédition ou d'opposition avec voie de fait à l'exécution des lois ou des ordonnances légales, le gouverneur a le droit de requérir la force armée. Il en informe immédiatement les Ministres de l'intérieur et de la défense nationale. L'officier commandant est tenu d'obtempérer à la réquisition écrite du gouverneur⁵⁸².

⁵⁷⁸ Lorsque le propriétaire de ces biens n'est pas connu, la loi du 30 décembre 1975 (récemment modifiée) concernant les biens trouvés en dehors des propriétés privées ou mis sur la voie publique en exécution de jugements d'expulsion prévoit leur conservation par les administrations communales.

⁵⁷⁹ Comp. F. HAUMONT, B. PAQUES et M. SCHOLASSE, *op. cit.*, 1986, pp. 17 et 18, en matière d'immeubles délabrés. Les règlements ne peuvent pas attribuer de nouveaux pouvoirs; ils peuvent seulement orienter ceux qui sont conférés par la loi, sans les étendre ni les limiter, le plus souvent par des critères ou des formalités (pourparlers préalables, état des lieux, notification, délais ou termes). L'absence de règlement n'empêche pas le bourgmestre d'intervenir. Rem. ainsi concernant l'enlèvement de force des cadavres de personnes mortes de maladies épidémiques, la dépêche du ministre DE BRUYN, *R.C.*, 1895, pp. 22 à 24; concernant le transport d'office et forcé de malades contagieux sans violation de domicile, *X, R.C.*, 1903, pp. 305 à 310; concernant la désinfection d'office d'immeubles contaminés après mise en demeure et aux frais des particuliers, *X, R.C.*, 1904, pp. 257 à 264, mentionnant une circulaire du gouverneur du Brabant du 15 janvier 1903. Concernant la mise à exécution des frais de l'exécution par simple règlement, voy. *infra*, n° 539 et s.

⁵⁸⁰ Voy. la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, article 14 et sp. article 22 : les services de police se tiennent à portée des grands rassemblements et prennent les mesures utiles à leur déroulement paisible. Ils sont chargés de disperser tous les attroupements armés ou dangereux, y compris lorsqu'ils sont destinés à faire obstacle à l'exécution de la loi, d'une ordonnance de police, d'une mesure de police, d'une décision de justice ou d'une contrainte, avec information directe du bourgmestre ou du chef de corps de la police locale.

⁵⁸¹ L'article 128 est remplacé par l'article 226 de la loi du 7 décembre 1998, en vigueur à une date à fixer par le Roi et au plus tard le 1^{er} janvier 2001 (article 260, al. 5). Il est désormais libellé de la sorte : "Le gouverneur veille dans la province au maintien de l'ordre public, à savoir la tranquillité, la sûreté et la salubrité publiques. Il peut à cet effet faire appel à la police fédérale. À cette fin, il s'adresse alors au directeur coordonnateur administratif. Il veille à la bonne coopération entre les services de police et entre les zones de police dans la province. Il peut être chargé par les ministres compétents de missions spéciales relatives à la sécurité et à la police".

⁵⁸² Au terme de l'article 139, les deux dispositions (notamment) sont communes aux commissaires d'arrondissement.

453. La police fédérale. Plus nébuleux - et d'ailleurs controversé - était le pouvoir parfois reconnu au Roi, en doctrine⁵⁸³, de prendre des mesures d'office ou de contrainte liées à l'ordre et à la paix publics (à ne pas confondre avec le pouvoir réglementaire autonome du Roi⁵⁸⁴).

Le fondement avancé, le cas échéant, était multiple et avant tout constitutionnel, à l'instar de l'exécution d'office : l'article 29 (37) de la Constitution qui attribue au Roi le pouvoir exécutif, les articles 66 et 68 (107 et 167, al. 2) Lui conférant le commandement de l'armée (et de la gendarmerie), et l'article 67 (108) Lui attribuant le pouvoir d'exécution des lois. Il fallait y ajouter *a fortiori* les dispositions précédentes concernant les subordonnés du Roi, voire même la loi sur la gendarmerie du 2 décembre 1957.

Une telle interprétation des dispositions constitutionnelles était très critiquable dans la mesure où elle s'éloignait considérablement des textes eux-mêmes, alors précisément que l'article 78 (105) de la Constitution limite expressément les pouvoirs du Roi à ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même. Elle tendait à confondre le pouvoir d'exécution réglementaire avec l'exécution forcée d'une obligation, alors pourtant que la Constitution elle-même exige une loi lorsqu'il est porté atteinte à la propriété ou à la liberté d'aller et venir.

Aujourd'hui, d'ailleurs, on mentionnera à cet égard le nouvel article 11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police⁵⁸⁵. Il est pour le moins significatif : "Sans préjudice des compétences qui leur sont attribuées par ou en vertu de la loi, le Ministre de l'intérieur et le gouverneur exercent à titre subsidiaire les attributions du bourgmestre ou des institutions communales lorsqu'ils manquent, volontairement ou non, à leurs responsabilités, lorsque les troubles à l'ordre public s'étendent au territoire de plusieurs communes, ou lorsque, bien que l'événement ou la situation soit localisée dans une seule commune, l'intérêt général exige leur intervention" (les compétences visées concernent tout acte exécutoire de police administrative juridique ou

⁵⁸³ O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 151, pp. 183 à 185, très formel, fondant surtout son raisonnement sur les exigences de la logique, et mentionnant en particulier le Ministre de l'intérieur; L. MOUREAU, *op. cit.*, 2^e éd., 1946, n° 49, pp. 62 et 63, conforme à O. ORBAN; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 548, pp. 518 et 519, conforme à O. ORBAN, mentionnant not. les notes de droit public de DOR à Liège; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 321 (un tel pouvoir "paraît pouvoir être déduit"); M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, pp. 16 et 17, en note 5. *Add.* A. GIRON, *op. cit.*, T. III, 1895, Roi, n° 13, pp. 349 et 350; *Novelles*, Constitution, n° 666, p. 219 (logique et nécessaire pour remplir son obligation de maintien de l'ordre) et n° 1.008, p. 327 (rem. l'ancienne formule non sacramentelle de réquisition des forces armées par l'autorité civile); E. BERNIMOLIN, "Attroupements ou émeutes", *R.A.*, 1887, pp. 474 à 486 (sp. pp. 476 à 478), se référant à d'anciens textes dont le décret du 22 décembre 1789, section III, article 3 et de la Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chapitre IV, article 1^{er}, qui chargent le Roi de veiller au maintien de l'ordre et de la sûreté publics (rem. la formule de réquisition p. 481). Comp. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, pp. 326 et 327, n°s 412 et 415 et l'ordre public (la tranquillité, la sécurité et la salubrité) permettant au pouvoir exécutif d'intervenir même en l'absence de texte, la matière ayant toujours joui d'un régime juridique spécial, permettant des mesures à la fois rapides et efficaces. Les auteurs relatent le plus souvent une série de débats parlementaires favorables consacrés à la question. *Contra* : P. ERRERA, *op. cit.*, 2^e éd., 1918, § 138, pp. 217 et 218. Comp. *Pandectes belges*, "Émeute" et "Garde civique" (organisation).

⁵⁸⁴ À savoir le droit de prendre des règlements de police autonomes pour maintenir la salubrité, la sécurité et la tranquillité publiques dans le pays.

⁵⁸⁵ L'article disposait anciennement que le Roi détermine les cas (et les modalités) dans lesquels le Ministre de l'intérieur fait assurer la protection spéciale des personnes et des biens mobiliers et immobiliers.

matériel et portant une indication, une obligation ou une interdiction pour les citoyens)⁵⁸⁶. Comment expliquer ce sursaut légaliste autrement que par la volonté d'établir un fondement légal clair, précis et indiscutable ?

454. La police de la circulation routière. L'article 19 des lois coordonnées (le 16 mars 1968) relatives à la police de la circulation routière figure parmi les dispositions particulières relevées en vrac.

Elle prévoit que si la signalisation prescrite n'est pas établie ou entretenue par les autorités auxquelles elle incombe, le Roi peut, après deux avertissements écrits consécutifs adressés à ces autorités par le ministre ayant la circulation routière dans ses attributions, d'avoir à assumer leurs obligations, décréter l'exécution d'office des travaux nécessaires par un commissaire spécial.

Lorsque l'État fait l'avance de la dépense occasionnée par l'exécution d'office, le montant peut en être récupéré à l'intervention du Ministre des finances, à charge de l'autorité défaillante⁵⁸⁷.

455. La police des chemins de fer. La loi du 25 juillet 1891 révisant la loi du 15 avril 1843 sur la police des chemins de fer⁵⁸⁸, quant à elle, dispose dans son article 4 que "La S.N.C.B. peut ordonner la suppression totale ou partielle des constructions et des dépôts menaçant ruine et l'abattage des arbres dont la chute est imminente, existant dans une zone de 20 mètres, mesurée du franc-bord, et qui mettraient en péril la sécurité des trains. Les propriétaires sont tenus d'obtempérer à cet ordre. À défaut par eux de faire les travaux prescrits dans le délai déterminé, il y est procédé d'office et à leurs frais. Le remboursement des dépenses faites sera poursuivi comme en matière domaniale, sur simple état dressé par le fonctionnaire qui aura pris les mesures d'exécution"⁵⁸⁹.

À défaut de péril, une sanction pénale est assortie d'une condamnation en nature assortie d'une faculté de remplacement d'office (article 8)⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ Add. l'article 16 modifié en 1997 de la loi du 2 décembre 1957 sur la gendarmerie, référant aux instructions et ordres du Ministre de l'intérieur.

⁵⁸⁷ Comp. avec l'inscription d'office de certaines dépenses au budget.

⁵⁸⁸ Les codes mentionnent également la loi du 12 avril 1835 concernant les péages et règlements de police sur les chemins de fer, dont l'article 2 confie au gouvernement l'établissement des règlements pour l'exploitation et la police de la nouvelle voie. Cette loi a fait l'objet d'une loi interprétative du 11 mars 1866 écartant tout doute quant à son application aux chemins de fer de l'État ou concédés.

⁵⁸⁹ Rem. l'exposé des motifs et le rapport au Roi, *Pasin.*, 1891, pp. 308 et s., desquels on apprend que les lois française et hollandaise contiennent des dispositions analogues (p. 313) ou que la prescription est rigoureuse et qu'elle "a sa source dans de vieilles dispositions assez mal définies, qui demanderaient à être révisées dans un sens plus en harmonie avec nos institutions actuelles (!). Quoi qu'il en soit, l'État demande la même faculté, et si elle est légitime dans le chef des administrations communales, elle l'est, à un degré supérieur (...)" (pp. 314 et 315, ad. avec référence aux usages administratifs en ce qui concerne les procédures communales). Malgré l'urgence, il faut la renfermer dans d'étroites limites en se bornant au strict nécessaire. Rem. l'expression p. 314 : "l'État de droit dont sont armées les administrations communales".

⁵⁹⁰ Add. les deux premiers alinéas de l'article 8 de l'arrêté royal du 4 avril 1895 contenant règlement concernant les mesures à observer pour le transport des voyageurs sur les chemins de fer de l'État et les chemins

456. La police des routes. Deux dispositions peuvent être mentionnées concernant la police des routes au sens large.

D'abord la loi du 12 juillet 1956 établissant le statut des autoroutes : elle dispose dans son article 11, alinéa 1^{er} que "Dans les zones de dégagement prévues à l'article 10, le Ministre qui a les travaux publics dans ses attributions, peut, moyennant indemnité préalable, faire supprimer ou modifier les constructions, plantations, clôtures, dépôts, canalisations, installations aériennes ainsi que les déblais ou remblais qui y sont légalement établis".

Pour le reste, une condamnation en nature à la remise en état des lieux, assortie d'une faculté de remplacement d'office, est prévue à l'article 13, § 2 concernant les infractions aux dispositions précédentes ou réglementaires.

Ensuite le décret du 27 janvier 1998 instituant une police de la conservation du domaine public routier régional et en réglementant les conditions d'exercice : il stipule dans son article 5 que les infractions prévues à l'article 6 (empiètement ou atteinte - y compris aux ouvrages, installations, plantations -, vol de matériaux entreposés, occupation, dépôts ou implantation d'installations fixes ou mobiles, réalisation d'un travail ou creusement d'un souterrain, le tout sans autorisation) font l'objet d'un procès-verbal distinct de la part de certains fonctionnaires, notifié à l'auteur de l'infraction par lettre recommandée dont le contenu précise les travaux à effectuer pour assurer la remise en état du domaine public routier régional et le délai dans lequel ils doivent intervenir (1).

Lorsque l'auteur de l'infraction reste en défaut de s'exécuter dans le délai qui lui a été imparti, le *Gouvernement* wallon est habilité à faire remettre en état le domaine public routier régional aux frais, risques et périls du contrevenant (2).

Et lorsque les nécessités du service public ou l'urgence le justifient, le *Gouvernement* wallon peut procéder ou faire procéder sans délai aux travaux de remise en état du domaine public régional aux frais, risques et périls du contrevenant⁵⁹¹.

de fer concédés, libellés de la même manière que l'article 3 de l'arrêté royal du 31 décembre 1899 portant règlement sur l'entrée, la circulation et l'arrêt, dans les stations, des charrettes, des voitures et autres véhicules : les voyageurs sont tenus d'obtempérer aux injonctions des agents du chemin de fer pour l'observation des dispositions qui précèdent; en cas de refus ou de résistance, ils pourront être expulsés du train et des dépendances de la voie ferrée, et ce sans préjudice des pénalités encourues. Une base légale peut être trouvée dans l'article 12 de la loi précitée. Mais les arrêtés sont plutôt fondés sur plusieurs dispositions législatives particulières directement relatives aux règlements de police sur les chemins de fer (*Pasin.*, 1895, p. 436 et 1899, p. 436). Add. la loi du 14 février 1935 établissant la servitude de débroussaillage sur les terrains limitrophes des voies ferrées (après en avoir avisé 10 jours au moins à l'avance par lettre recommandée; débroussaillage limité; simple réserve faite de l'application des règles de la responsabilité).

⁵⁹¹ Une circulaire ministérielle du 27 avril 1998 illustre le décret. Elle précise notamment que sont visés l'affichage sauvage pratiqué sur le domaine public, le dépôt sauvage de sacs poubelles ou d'encombrants, le stockage de voitures d'occasions ou d'épaves dans les dépendances du domaine public, la réalisation de rampes d'accès à un domaine privé. En ce qui concerne l'impériosité d'une situation de fait, l'exemple est donné de l'enlèvement (sur ordre du gouvernement) d'une épave de voiture obstruant l'accès à une aire de stationnement autoroutière.

457. Les statistiques publiques. Le cas de la loi du 4 juillet 1962 relative à la statistique publique, mentionné par M.-A. FLAMME⁵⁹², n'est pas entièrement adéquat.

Certes, des pouvoirs particuliers sont prévus afin de permettre certaines investigations statistiques. L'article 20 dispose ainsi que "Les prescriptions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution auxquelles les assujettis refusent de se soumettre sont exécutées d'office par les soins de l'autorité et aux frais des contrevenants. Le Ministre compétent désigne à cette fin un commissaire parmi les agents de l'Institut national de statistique; il désigne également, s'il y a lieu, les experts et les fonctionnaires chargés d'assister le commissaire. Pour l'accomplissement de cette mission, le commissaire dispose des pouvoirs déterminés par l'article 19" (il s'agit de prescriptions qui imposent aux particuliers l'obligation de fournir certains renseignements).

Cependant, selon l'article 19, alinéas 2 et 3, si les agents désignés "peuvent se faire produire les documents, pièces ou livres nécessaires à ces recherches et constatations", ils ne peuvent pénétrer, accompagnés le cas échéant d'experts, qu'entre 8 et 18 heures, même contre le gré de l'occupant, dans les maisons, ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos dont l'accès est nécessaire à l'accomplissement de leur mission. Ils ne peuvent surtout le faire que *moyennant autorisation préalable du juge de paix*. Et ce même si le bourgmestre leur prêterait main-forte dès qu'il en sera requis. Il ne s'agit donc pas d'un cas d'exécution d'office.

À noter que l'article 21 indique ici expressément que le Roi précise les modalités de l'exécution d'office et définit les frais incombant aux contrevenants. Quant aux dispositions pénales de l'article 22, éventuellement cumulatives, elles visent également celui qui viole les obligations de faire ou de ne pas faire imposées, en matière de collecte de données statistiques, par un acte juridique directement applicable émanant d'un organe de l'Union européenne.

458. La conservation des monuments et sites. L'article 2, alinéa 2 de la loi du 7 août 1931 sur la conservation des monuments et des sites prévoit que si, malgré les offres d'intervention dans les travaux d'entretien, de consolidation ou de restauration nécessaires pour conserver la valeur historique, artistique ou scientifique d'un monument ou édifice classé, les intéressés refusent de les faire exécuter, "le gouvernement peut les faire exécuter d'office et obtenir en justice le remboursement de la dépense, dans la mesure où elle a profité aux intéressés", sans que ceux-ci puissent invoquer le bénéfice de ces interventions.

L'article 4, alinéa 2, prévoit au demeurant que le bourgmestre ou le gouverneur peut "faire arrêter les travaux par la force publique" lorsque des travaux de nature à compromettre la conservation d'un édifice ou monument classé, ou à en changer l'aspect, sont entamés sans l'autorisation prévue.

459. La police des digues. Les articles 4 et 5 de la loi du 18 juin 1979 sur les digues concernent la construction de digues y compris, le cas échéant, sur les propriétés privées, mais

à charge du budget de l'État. L'hypothèse est particulière dans la mesure où le particulier n'est tenu à aucune obligation de faire à l'exécution de laquelle il s'agit de se substituer. Les travaux sont en effet réalisés par l'État. Mais tout dépend en réalité de l'interprétation : le particulier est tenu de laisser faire l'État, de ne pas l'entraver dans la réalisation de travaux sur sa propriété, à l'image d'une servitude.

L'article 4 dispose que l'exécution des travaux ne peut être entamée que trente jours après que les propriétaires, les usufructiers et, pour autant que ceux-ci soient connus, les locataires des terrains concernés, en aient été avertis par le Ministre par lettre recommandée à la poste. Mais, en cas d'urgence, le Ministre peut autoriser que l'exécution des travaux soit entamée dès que les bourgmestres des communes intéressées en auront été avisés.

Au terme de l'article 5, il ne s'agit pas de dépossession mais d'une servitude d'utilité publique, avec toutefois faculté d'acquisition voire d'expropriation. Des indemnités sont prévues en cas de dépréciation, dans les articles qui suivent. À noter l'alinéa 2 de l'article 11 qui prévoit que les fonctionnaires habilités doivent pouvoir accéder en tout temps aux digues, même lorsqu'elles n'appartiennent pas à l'État.

460. La police des polders et des waterings. Les articles 89 et suivants de la loi du 3 juin 1957 relative aux polders concernent les mesures de surveillance et des travaux exécutés d'office. Parmi eux, les articles 91 et 93, en particulier, permettent la réalisation de travaux d'office aux frais des polders, à récupérer par action civile, la créance étant privilégiée.

Il faut y ajouter les articles 109 et 110 permettant au bourgmestre de réquisitionner population et matériaux, sur requête du dijkgraaf, à l'effet de prévenir une rupture ou un débordement des digues en cas de marée ou de crue extraordinaire⁵⁹³.

Les articles 91 et 93 se retrouvent également dans la loi du 5 juillet 1956 relative aux waterings.

Les deux lois ont encore en commun l'arrêt d'exécution. Il s'agit de l'arrêt royal du 30 janvier 1958 portant règlement général de police des polders et des waterings. Mais, alors que les articles 111 et 109 respectivement des deux lois autorisent le Roi à faire un règlement général de police des polders ou des waterings, en précisant bien que les infractions aux dispositions de ce règlement seront punies d'une manière déterminée⁵⁹⁴, le règlement dont il est question (qui se réfère explicitement aux dispositions précitées) sanctionne la batterie d'obligations et d'interdictions en permettant à la direction du polder ou de la wateringue, outre de retirer les autorisations données ou en modifier les conditions d'octroi, de prescrire les travaux nécessaires pour faire cesser le dommage ou pour prévenir le retour du dommage causé par des

⁵⁹³ Une sanction pénale est prévue en cas de résistance à la réquisition de main d'œuvre, mais rien en cas de résistance à celle de matériaux après avoir épuisé les ressources en matériaux disponibles.

⁵⁹⁴ Rem. l'article 101 ou 103, respectivement, au terme duquel, dans les limites des circonscriptions soumises au régime de la présente loi, le Roi peut prescrire toute mesure et décréter d'office tous les travaux que commande l'intérêt général. Pareils travaux seront exécutés par et aux frais de l'État.

⁵⁹² M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 17. L'auteur cite encore à tort (p. 18) l'article 2 de la loi du 12 août 1911 pour la conservation de la beauté des paysages. Il vise pourtant une contrainte "par justice".

plantations, constructions ou ouvrages autorisés ou existants sans autorisation, et de les exécuter d'office à défaut pour le propriétaire de le faire (avec recours prévu près la députation).

Dans ce cas, la dépense est récupérée selon le mode établi pour le recouvrement de l'impôt poldérien ou au profit de la wateringue⁵⁹⁵.

461. L'inspection du travail. La loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail autorise les inspecteurs sociaux, dans son article 3, à prescrire les mesures adéquates en vue de prévenir les menaces pour la santé ou la sécurité des travailleurs sur les lieux de travail ou autres lieux soumis à leur contrôle et en vue de combattre ou d'éliminer les déficiences ou les nuisances qu'ils constatent et qu'ils considèrent comme une menace pour la santé ou la sécurité des travailleurs. Ces mesures peuvent aller jusqu'à l'évacuation de lieux de travail et leur mise sous scellés (§ 1^{er}, al. 2, 4^o et 5^o) ou la saisie de biens mobiliers ou immobiliers par destination (article 4).

Comme dans d'autres matières, les recours ne sont pas suspensifs.

L'article 10 (généralement oublié alors qu'il est essentiel) prévoit expressément que les inspecteurs sociaux peuvent requérir l'assistance de la police communale et de la gendarmerie dans l'exercice de leurs fonctions.

462. La police sanitaire. Après le décret sanitaire du 18 juillet 1831⁵⁹⁶, non abrogé, la loi sanitaire du 1^{er} septembre 1945 (articles 2 et 3) confère au Roi de nombreux pouvoirs, sans préjudice des compétences communales en la matière, tout en encadrant de près son action (maladies, salubrité, eaux stagnantes et marais).

Des mesures d'exécution d'office sont prévues avec précision. Elles sont destinées à pallier à l'inertie communale⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Add. l'article 6 tenant les riverains et usagers de laisser passage et de laisser déposer sur leur terrain les matières enlevées des cours d'eau et voies d'assèchement ou d'irrigation et les matériaux nécessaires pour l'exécution des travaux, mais sans exécution d'office spécifique.

⁵⁹⁶ Rem. les articles 4 et 6 : les provenances pourront être soumises à quarantaines voire même être repoussées du territoire si la quarantaine ne peut avoir lieu sans exposer la santé publique, au besoin par la force. L'article 5 : en cas d'impossibilité de purifier, de conserver ou de transporter sans danger des animaux ou des objets matériels, susceptibles de transmettre la contagion, ils pourront être, sans obligations d'en rembourser la valeur, les animaux tués et enfouis, les objets matériels détruits et brûlés. Avec disposition de la force publique : article 12, al. 1^{er}, impl.

⁵⁹⁷ L'article 2 permet ainsi au Roi d'imposer l'accomplissement de travaux nécessaires d'assainissement ou d'installations sanitaires (après enquête) et de décider de leur exécution d'office par la députation permanente après un délai d'un an en l'absence de mesures prises par le conseil communal (après enquête et consultation de la députation), avec inscription du crédit nécessaire au budget. En temps d'épidémie, l'article 3 permet plus simplement de décider l'exécution d'office, toujours par la députation, des mesures nécessaires que des communes négligeraient de prendre pour l'isolement des malades atteints d'affection transmissible (sur avis conforme du conseil supérieur d'hygiène publique). Le tout avec droit de visite pour les inspecteurs (article 4) sanctionné pénalement. Add. sur cette double base légale, l'arrêté royal du 29 octobre 1964 relatif à la police sanitaire du trafic international, et sa batterie de mesures présumées d'office (quarantaine, isolement, dératissage, désinfection,

463. Les réquisitions. Les réquisitions paraissent constituer un bel exemple d'exécutions d'office, mais elles sont très diversifiées et n'emportent pas nécessairement la coercition sans l'autorisation préalable du juge⁵⁹⁸. Tel est par exemple le cas des réquisitions d'immeubles abandonnés (l'article 134bis de la Nouvelle loi communale⁵⁹⁹).

Cela explique vraisemblablement pourquoi la réquisition⁶⁰⁰ est souvent citée à part du privilège de l'exécution d'office en doctrine belge⁶⁰¹, comme une prérogative à part entière.

On mentionnera néanmoins dans ce sens les réquisitions économiques⁶⁰² et les réquisitions militaires (en temps de paix ou de guerre)^{603 604}.

etc.), parfois simplement les "mesures nécessaires" (dont les articles 64 et 68 permettent de conclure au concours possible des forces de l'ordre, selon toute vraisemblance); l'arrêté royal du 1^{er} mars 1971 relatif à la prophylaxie des maladies transmissibles, permettant notamment la réquisition de tout service hospitalier, abrogé par décret du 5 avril 1995 en ce qui concerne la Région flamande.

⁵⁹⁸ Comp. à cet égard les lois relatives aux polders et wateringues, par exemple, ou liées à la protection civile.

⁵⁹⁹ La disposition proclame le droit de réquisition de tout immeuble abandonné depuis plus de six mois afin de le mettre à la disposition de personnes sans abri. Elle ne prévoit toutefois pas de mesures d'exécution forcée. Et l'arrêté royal du 6 décembre 1993 réglant le droit de réquisition d'immeubles abandonnés prévoit dans son article 5, 8^o et 9^o la mention à peine de nullité, dans l'avertissement d'intention du bourgmestre, à la fois de la compétence exclusive du juge de paix pour toute contestation afférente à la réquisition et de ce que ce juge décide en première instance, le cas échéant par jugement exécutoire par provision. L'article 7 de l'arrêté confirme le passage obligé par le juge de paix en vue de déterminer le montant du juste dédommagement dû au propriétaire.

⁶⁰⁰ L'expropriation, quant à elle, est souvent présentée comme une dérogation ou une exception au privilège de par l'intervention requise du juge pour réaliser la transfert de propriété (imposée à l'origine par Napoléon). Voy. H. BUCH, *op. cit.*, J.T., 1957, p. 3; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251 et *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139, note 13; C. HUBERLANT, *op. cit.*, R.J.D.A., 1975, p. 90 : "d'office et non sur recours"; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, n° 114, p. 125 et *supra*, n° 601, note 392. L'image est évidemment tronquée dès lors que le principe est l'autorisation du juge pour l'exécution forcée d'obligations administratives, non le privilège du préalable. La prérogative est en dehors du privilège : C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 47, p. 774. Il s'agit plutôt d'une attribution particulière de compétence au sein du pouvoir judiciaire, voire un demi-privilège, puisque l'intervention du juge est très calibrée.

⁶⁰¹ J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 4, p. 14 et n° 50, p. 101; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 6, p. 8, à l'instar de l'expropriation; A. MAST, A. ALLEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 5, n° 4 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 5, n° 4. Comp. J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 126. *Contra* : A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 346, note 18; QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 81, p. 90 : une matière particulière dans laquelle le service utilise diverses prérogatives. En droit français, la réquisition est la seconde matière à avoir donné lieu à jurisprudence relative à l'exécution d'office au sens strict. Rem. en droit français, par exemple, J. BRETHER de La GRESSAYE, in *Études offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 305 (expropriation et réquisition); G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 182.

⁶⁰² Voy. ci-dessous l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 modifié par la loi du 30 juillet 1971.

⁶⁰³ Voy. la loi du 12 mai 1927 sur les réquisitions militaires (la loi contient le principe de la réquisition et précise notamment dans son article 10, alinéa 2, que c'est le collège des bourgmestres et échevins qui répartit les réquisitions et en assure, dans tous les cas, le recouvrement complet, avec faculté de substitution à l'article 11, à défaut; mais c'est au Roi à prescrire les mesures nécessaires pour l'exécution de la loi - article 44 -) et l'arrêté royal n° 2.562 du 3 mai 1939 réglant l'exécution de la loi du 12 mai 1927 sur les réquisitions militaires, approuvant le règlement du 3 mai 1939 dont l'article 99 stipule que le collège échevinal prend en cette matière des décisions exécutoires sans appel et que lorsque des habitants sont absents, "S'il n'est pas possible de se procurer ces prestations par d'autres moyens, le bourgmestre peut, en temps de mobilisation seulement, faire ouvrir de vive force la porte de leur demeure et procéder d'office à l'enlèvement des fournitures requises" avec témoins (article 101, al. 2); dont l'article 107 stipule que le refus des habitants de satisfaire aux réquisitions du

464. La fonction de police *sensu stricto*. En matière de police au sens propre, dont les spécificités et les administrations particulières font que l'on parle aujourd'hui volontiers du droit de la police - comme on parle au demeurant du droit de l'environnement, du droit fiscal et autres, mais avec la particularité que l'on se situe ici à la frontière entre le droit administratif et celui de la procédure pénale⁶⁰⁵ -, les mesures d'exécution sont nombreuses. Elles procèdent pour l'essentiel de la loi du 5 août 1992 (modifiée le 7 décembre 1998 sans que les modifications ne soient directement entrées en vigueur) sur la fonction de police (gendarmerie et polices) dont plusieurs dispositions traitent en particulier des réquisitions des services de police⁶⁰⁶.

L'article 8, inséré par la loi du 7 décembre 1998, stipule que "Toute réquisition doit être écrite, mentionner la disposition légale en vertu de laquelle elle est faite, en indiquer l'objet, être datée, et porter les nom et qualité ainsi que la signature de l'autorité requérante. En cas d'urgence, les services de police peuvent être requis par tout moyen de communication. Cette réquisition doit être confirmée le plus rapidement possible dans les formes prévues à l'alinéa précédent"⁶⁰⁷.

collège échevinal (en temps de guerre et pendant les époques assimilées) permet d'assurer le recouvrement des prestations par la force, sans préjudice des poursuites (uniques lorsqu'il s'agit de réquisitions directes de l'autorité militaire); dont les articles 145 et 146 prévoient qu'en cas de refus du capitaine, maître, patron ou armateur de satisfaire à la réquisition maritime, l'autorité requérante pourra, après procès-verbal, prendre d'office possession du navire et faire décharger les objets et marchandises non réquisitionnées, le cas échéant, avec l'assistance du commissaire maritime (add. l'article 31 qui assure la mise de la police locale à la disposition du personnel d'installation pour "aider" à la répartition des cantonnements).

⁶⁰⁴ Rem. aussi l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège, par exemple, qui confère au Roi d'importants pouvoirs. Pendant la durée du temps de guerre, le Roi peut exercer tous les pouvoirs de police en les déléguant au besoin (article 1^{er}), pouvoirs qui reviennent au ministre de la guerre et aux autorités militaires (subsidièrement au Roi) pendant la durée de l'état de siège (articles 2 et s.) et qui comportent, outre des réquisitions, les prérogatives d'éloignement de toute personne de nature à entraver les opérations militaires, de perquisition de jour et de nuit et d'explorations corporelles, de recherche et confiscation d'armes, d'empêchement des réunions et de saisie des correspondances en étant tenu au secret, le tout "uniquement en vue d'assurer la défense nationale et la sécurité de l'armée". Add. la loi du 5 mars 1935 concernant les citoyens appelés par engagements volontaires ou par réquisition à assurer le fonctionnement des services publics en temps de guerre. Avec dans les deux cas référence aux articles 26 à 32 de la loi du 12 mai 1927 déjà renseignée. Add. aussi l'arrêté royal du 22 juin 1936 conférant temporairement aux autorités civiles le droit de réquisition sur les personnes et sur les choses, fondé sur la nécessité d'assurer le ravitaillement, l'ordre et la vie publics en permettant aux autorités civiles de requérir comme les autorités militaires en vertu de la loi de 1927. Seule une sanction pénale est toutefois prévue par référence à une loi (article 2). L'arrêté se réclame explicitement de la notion de pouvoir réglementaire général de police du Roi (Rapport au Roi, *Pasin*, 1936, p. 479, note 1 : le Roi prend valablement les arrêtés généraux nécessaires au maintien de l'ordre, de la salubrité et de la tranquillité publiques, pourtant avec référence à Cass., 16 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, 132, renseigné *supra*, n° 438, note 539).

⁶⁰⁵ Comp. les pouvoirs de fonctionnaires parfois investis de la qualité d'officiers de police judiciaire (agents du fisc, du ministère des affaires économiques, autres).

⁶⁰⁶ Add. la loi du 2 décembre 1957 sur la gendarmerie, sp. les articles 44 et s. Add. également les articles 66 et s. du Code rural et les articles 102 et s. du Code forestier en ce qui concerne les gardes champêtres ou forestiers, ou encore certaines mesures judiciaires, notamment par le parquet. Ainsi l'article 11 de l'arrêté-loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix; les articles 42 et 43 de l'arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive : le procureur du Roi peut ordonner la vente d'animaux saisis à l'intervention du receveur des domaines pour le prix en être consigné à la caisse des dépôts et consignations (à la condition que lesdits animaux ne puissent pas être restitués) (il s'agit en l'occurrence d'un acte non juridictionnel à caractère exécutoire).

⁶⁰⁷ Il est avéré que la gendarmerie refuse d'intervenir sans être en possession d'un arrêté lorsqu'il est nécessaire, comme en matière de collocation (voy. G. LATOUR et A. BERTRAND, "Bilan des fusions des communes", *M.C.*, 1982, p. 366, note 7).

L'ancien article 6 devient l'article 8/1, moyennant de légères modifications : "Pour l'exécution des réquisitions adressées aux services de police, les autorités compétentes, sans s'immiscer dans l'organisation du service, précisent l'objet de la réquisition et peuvent faire des recommandations et donner des indications précises sur les moyens à mettre en œuvre et les ressources à utiliser. Lorsqu'il est impossible de se conformer à ces recommandations et indications précises parce que leur exécution porterait atteinte à l'exécution d'autres missions de police, l'autorité requérante en est informée dans les meilleurs délais. À cette occasion, les circonstances particulières qui rendent impossible le respect de ces recommandations et indications précises sont mentionnées. Cette disposition ne dispense pas les services de police de l'obligation d'exécuter les réquisitions".

La disposition est complétée par des articles 8/2 et 8/3⁶⁰⁸ : la police requise ne peut discuter l'opportunité de la réquisition. Elle doit l'exécuter. Cependant, si la réquisition lui paraît manifestement illégale, elle ne peut pas l'exécuter. Dans ce cas, elle en informe sans délai l'autorité requérante par écrit en indiquant les motifs (8/2). Les effets de la réquisition cessent lorsqu'elle est exécutée ou lorsque l'autorité requérante signifie par écrit ou verbalement la levée de la réquisition au chef de corps de la police qui avait été requise ou au chef de l'unité chargée d'exécuter la réquisition (8/3).

La loi sur la fonction de police est très détaillée dans ses attributions de pouvoirs, surtout dans la forme et les conditions d'exercice des missions (articles 26 et s.) : pouvoirs de visite, de saisie, d'arrestation administrative, de fouille, outre les missions plus spécifiques comme la surveillance des malades mentaux ou des internés, des condamnés libérés conditionnellement et des inculpés en liberté, des étrangers, des détenus à transférer ou devant comparaître, des prisons en cas de difficultés, des animaux dangereux, des autorités et des corps constitués (escorte).

Le recours à la force, en particulier, fait l'objet d'un article spécifique (article 37) (de même que l'usage d'une arme à feu : article 38 et l'absolue nécessité) : "Dans l'exercice de ses missions de police administrative ou judiciaire, tout fonctionnaire de police peut, en tenant compte des risques que cela comporte, recourir à la force pour poursuivre un objectif légitime qui ne peut être atteint autrement. Tout recours à la force doit être raisonnable et proportionné à l'objectif poursuivi. Tout usage de la force est précédé d'un avertissement, à moins que cela ne rende cet usage inopérant". Le libellé de cet article est remarquable en ce qui concerne les privilèges, car il avance les mêmes critères de proportionnalité et de "mise en demeure" préalable qu'en jurisprudence française, sans oublier l'absence d'un autre moyen pour parvenir au même objectif, et même la dispense éventuelle d'avertissement.

De nombreuses autres dispositions pourraient encore être citées dans la matière, parmi lesquelles l'article 20 de la loi du 3 mai 1999 organisant la répartition des compétences suite à l'intégration de la police maritime, de la police aéronautique et de la police des chemins de fer dans la police fédérale : "En cas d'absence, refus, opposition ou défaut de collaboration dans

⁶⁰⁸ Add. l'article 44 au terme duquel les services de police prêtent main-forte lorsqu'ils y sont légalement requis, notamment aux officiers de police judiciaire et aux officiers ministériels, et les assistent afin de les protéger contre les violences et les voies de fait qui seraient exercées contre eux ou de leur permettre de lever les difficultés qui les empêcheraient de remplir leur mission.

l'exécution des mesures de police prises en vertu des articles 18, 5°, et 19, il peut être procédé à l'exécution forcée et les mesures sollicitées peuvent être exécutées à charge du contrevenant, du propriétaire du bateau ou du chargement ou de celui qui a le chargement sous sa garde. Le bateau ou le chargement peut, le cas échéant, être retenu en tout ou en partie, aux risques et frais de la personne précitée, tant que les frais occasionnés n'ont pas été payés ou tant qu'aucune somme suffisante pour couvrir les frais occasionnés ainsi que les frais de conservation n'a été consignée ou qu'une garantie bancaire du même montant n'a été constituée au sein d'une banque ou d'une institution de crédit agréée en Belgique. La somme consignée est restituée après déduction des frais mentionnés ci-dessus, augmentés, le cas échéant, des frais de justice".

465. Le droit rural. Le droit rural offre également de nombreux exemples, déjà partiellement mentionnés. On peut y ajouter l'article 18 de l'arrêté du gouvernement wallon du 13 juillet 1995 permettant la destruction de certaines espèces de gibier : "dans toute la Région wallonne, lorsqu'un animal appartenant à la catégorie "grand gibier" ou à la catégorie "autre gibier", à l'exception des oiseaux, menace subitement et gravement la santé ou la sécurité publiques, l'ingénieur chef de cantonnement peut autoriser ou ordonner de le repousser, de le capturer ou de le détruire immédiatement par toute personne susceptible de réaliser l'opération et par tout moyen".

L'article 13 du Code rural, quant à lui, autorise les députations permanentes des conseils provinciaux à ordonner, sur la demande des administrations communales ou des particuliers, des battues dans les bois des communes et des particuliers pour la destruction des loups et des sangliers, conformément aux dispositions qui seront prescrites par un arrêté royal. Les battues d'office ne pourront être ordonnées que lorsque les propriétaires ou locataires de la chasse auront été mis en demeure par les députations permanentes de faire eux-mêmes des battues et qu'ils n'auront pas obtempéré à cette injonction dans le délai qui leur aura été déterminé.

Enfin, l'article 35bis, §§ 2 et 3 du Code rural permet au commissaire d'arrondissement, sous l'autorité du Ministre de l'agriculture, de procéder d'office à la délimitation de la partie du territoire communal réservée à l'agriculture et de celle réservée aux plantations forestières lorsque, dans les communes rurales, le conseil communal a omis de la déterminer dans le délai légal fixé.

466. La distribution d'énergie électrique. La loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique permet à l'État, aux provinces et communes, ainsi qu'aux concessionnaires de distribution d'énergie, de réaliser certains travaux constitutifs de servitudes après notification directe aux propriétaires et locataires. Au terme de l'article 14, ils ont notamment le droit de couper les branches d'arbres qui se trouvent à proximité des conducteurs aériens d'énergie électrique et pourraient occasionner des courts-circuits ou des dégâts aux installations (al. 1^{er}, 3°). L'alinéa 12 précise cependant que "Sauf les cas d'urgence, le droit de couper les branches

d'arbres est toutefois subordonné soit au refus du propriétaire d'effectuer l'ébranchage, soit au fait qu'il aurait laissé sans suite pendant un mois l'invitation d'y procéder"⁶⁰⁹.

Quant à l'article 20, il met au point une procédure d'exécution d'office originale. Il permet aux administrations des télégraphes et des téléphones de l'État et des chemins de fer de l'État ou aux compagnies de chemins de fer concédés ou au département de la défense nationale d'adresser aux exploitants des lignes électriques dont les conducteurs empruntent la voie publique, ainsi qu'aux entreprises de transport et de distribution d'énergie électrique dont les conducteurs n'empruntent pas la voie publique, -mais se rapprochent à moins de 10 mètres de distance horizontale d'une ligne affectée d'une façon permanente aux télécommunications, une réquisition à l'effet de prendre des mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser toute perturbation nuisible aux transmissions télégraphiques ou téléphoniques ou de signalisation dans le rayon d'influence des conducteurs d'énergie électrique. Les exploitants sont tenus de donner une suite immédiate à toute réquisition en vue de faire cesser sur-le-champ toute perturbation ou influence nuisible.

Faute de satisfaire à cette réquisition, les mesures jugées nécessaires, y compris le déplacement ou la modification des installations de transmission d'énergie autorisées ou des lignes de télécommunications seront ordonnées par les services intéressés, aux frais, risques et périls des exploitants.

467. La réglementation économique et les prix. L'arrêté-loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix (modifié par la loi du 30 juillet 1971) confère d'importants pouvoirs à une série d'autorités, dont à l'article 2, § 5 la fermeture de cinq jours exécutoire (à défaut de recours ou de décision de la chambre du conseil réformant la décision) par le Ministre des affaires économiques, après mise en demeure, en cas de non-observance des prix maxima ou des limites bénéficiaires; à l'article 3, le pouvoir de fermeture ou de réquisition liés au ravitaillement, toujours par le Ministre des affaires économiques; aux articles 6 et 7, des pouvoirs d'investigations, de visites, de saisie, de scellés ou de production de documents avec le concours des forces de l'ordre (avec mesures judiciaires de "réparation" à l'article 9)⁶¹⁰.

468. La police des étrangers. La loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, fréquemment modifiée, contient des mesures forcées liées aux ordres de quitter le territoire et aux arrêtés de renvoi ou d'expulsion⁶¹¹, destinées à pallier à l'obligation de quitter le territoire.

⁶⁰⁹ Comp. la loi du 3 janvier 1934 relative à l'établissement des liaisons téléphoniques et télégraphiques souterraines ou aériennes pour les besoins de l'organisation défensive du pays, dont l'article 6 dispose : "Lorsque les arbres plantés en propriété privée viennent ou peuvent venir en contact avec des fils appartenant au département de la défense nationale, celui-ci peut obliger le propriétaire des arbres à procéder aux élagages nécessaires. En cas de refus de la part du propriétaire ou si l'élagage n'a pas été exécuté dans les quinze jours, le département peut y procéder d'office".

⁶¹⁰ Rem. P. CHARLIER, "Du pouvoir de réquisition en matière économique", *J.T.*, 1978, pp. 305 à 308.

⁶¹¹ L'ordre de quitter le territoire délivré par le Ministre de l'intérieur ou son délégué doit mentionner le délai imparti (articles 7 et 8). Le renvoi ou l'expulsion est la prérogative du Ministre de la justice ou du Roi (en Conseil des ministres si la mesure est fondée sur une activité politique de l'étranger) selon que l'étranger a

L'article 27, en particulier, stipule que l'étranger qui a reçu l'ordre de quitter le territoire et l'étranger renvoyé ou expulsé qui n'ont pas obtempéré dans le délai imparti peuvent être ramenés par la contrainte à la frontière de leur choix ou, à défaut, désignée. Ils peuvent même être détenus à cette fin pendant le temps strictement nécessaire pour l'exécution de la mesure, sur ordre du ministre ou de son délégué. Il s'agit d'une mesure de sûreté administrative. De plus, les frais occasionnés par le rapatriement de l'étranger sont à sa charge.

En cas de remise en liberté, au terme de l'article 30, le ministre peut encore enjoindre à l'étranger laissé ou mis en liberté dans les cas prévus, de résider en un lieu déterminé ou de demeurer éloigné de certains lieux jusqu'à ce que la mesure d'éloignement du Royaume puisse être exécutée⁶¹².

469. La police de l'environnement. L'article 68 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (devenu l'article 158 du nouveau C.W.A.T.U.P. pour la Région wallonne) permet aux fonctionnaires et agents désignés d'ordonner verbalement⁶¹³ l'interruption des travaux ou l'accomplissement d'actes lorsqu'ils constatent que ceux-ci ne sont pas conformes au permis délivré ou sont exécutés sans permis⁶¹⁴. Confirmation par le bourgmestre ou le fonctionnaire délégué dans les cinq jours, possibilité de demander par voie du référé la suppression de la mesure. Les officiers, fonctionnaires et agents sont habilités à prendre toutes mesures, en ce compris la mise sous scellés, pour assurer l'application immédiate de l'ordre d'interrompre, de la décision de confirmation ou, le cas échéant, de l'ordonnance du président, avec peines à la clé⁶¹⁵.

simplement ou gravement porté atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale, après avoir été entendu (articles 20 et 21). Le cas échéant, le même ministre peut lui enjoindre de quitter des lieux déterminés, d'en demeurer éloigné ou de résider en un lieu déterminé, avec faculté de renvoi et d'expulsion en cas de contravention (article 22). La notification des arrêtés de renvoi et d'expulsion indiquent le délai dans lequel l'étranger doit quitter le territoire, avec faculté de recours sauf circonstances exceptionnellement graves et mise à la disposition du gouvernement (articles 24 et 25).

⁶¹² *Add.* comme mesures de sûreté le refoulement ou la reconduite à la frontière, la détention ou l'injonction d'un lieu de séjour (articles 3 et 4, 52, 52bis, 53bis, 54, 67, 73, 74-5 à 74-8).

⁶¹³ Même par téléphone, voy. civ. Nivelles (réf.), 24 juillet 1973, *R.J.D.A.*, 1973, p. 68 et note d'obs. crit. S. GEHLEN. *Add.* F. HAUMONT, *Rép. not.*, L. XIV, "Urbanisme", pp. 459 à 461, n° 697 à 704 et l'établissement d'une procédure "à côté des dispositions du droit commun permettant de mettre fin d'urgence à une voie de fait".

⁶¹⁴ La décision était, avant la loi du 22 décembre 1970, article 24, réservée au président du Tribunal de première instance statuant en référé sur saisine du bourgmestre ou du fonctionnaire délégué.

⁶¹⁵ Rem. aussi l'article 187 de l'ordonnance organique de la planification et de l'urbanisme du 29 août 1991 au terme duquel à l'expiration du délai de validité des permis d'urbanisme concernant notamment les dispositifs de publicité et les enseignes, le demandeur qui n'aurait pas remis les lieux dans leur pristin état est tenu de le faire sur simple réquisition du collège des bourgmestres et échevins ou du fonctionnaire délégué. En cas de carence du demandeur, le collège ou le fonctionnaire délégué peut pourvoir d'office à l'exécution des travaux, à charge du défaillant. Il a le droit de vendre les matériaux et objets résultant de la remise en état des lieux, de les transposer, de les entreposer et de procéder à leur destruction en un lieu qu'il choisit. Le contrevenant est tenu au remboursement de tous les frais d'exécution, déduction faite du prix de la vente, sur présentation d'un état établi entre la commune ou la région et le contrevenant (le commun accord initialement prévu a été supprimé sur l'avis de la S.L.C.E. compte tenu du caractère mathématique de la fixation du montant à rembourser; voy. *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1990-1991, n° A-108/1, p. 123) (il s'agit d'une "voie d'exécution d'office"; voy. S.L.C.E., 21 juin 1993, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1992-1993, n° A-275/1, p. 84). Ainsi, la mesure d'exécution d'office permet de procéder à l'enlèvement immédiat du dispositif de publicité sans devoir attendre le résultat de la

De nombreux autres textes existent en matière d'environnement, avec de nombreuses et importantes délégations de pouvoir aux exécutifs, n'empêchant toutefois pas le décret de contenir les principes essentiels de l'exécution d'office. Parmi ces textes, on se limite à mentionner les articles 42 et 43 du décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets qui prévoient des mesures de sécurité au besoin d'office⁶¹⁶, ainsi que les articles 45 et 47 du même décret relatifs à des mesures administratives⁶¹⁷ (avec, à l'article 58, une faculté de remplacement judiciaire en cas de condamnation pénale)⁶¹⁸.

3. Essai de synthèse

470. Un ensemble de privilèges. En somme, et pour autant qu'il soit possible de dégager des lignes de force de cet ensemble législatif pour le moins consistant et diversifié⁶¹⁹, même s'il reste incomplet, plusieurs remarques peuvent être formulées.

procédure judiciaire prévue aux articles 179 et s. de l'ordonnance (constat et poursuite de la remise en état des lieux). Comp. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 22, faisant état de la jurisprudence du Conseil d'État français : si la contravention commise n'intéresse ni la circulation, ni la sécurité, ni la conservation immédiate de la voie publique, l'administration n'a pas le droit d'exécuter d'office et doit dresser procès-verbal pour y être statué par le juge répressif compétent, conseil de préfecture ou tribunal de simple police.

⁶¹⁶ Lorsqu'une activité soumise à autorisation, enregistrement ou agrément en vertu du présent décret ou lorsque la présence de déchets à un endroit suscite un danger mettant en péril l'homme ou l'environnement, et si le détenteur refuse d'obtempérer aux instructions du fonctionnaire chargé de la surveillance, le bourgmestre (ou l'administration en cas d'inertie du bourgmestre ou lorsque l'imminence du danger est telle que le moindre retard peut provoquer un accident ou une pollution grave), d'office ou sur rapport du fonctionnaire chargé de la surveillance, ordonne l'arrêt total ou partiel de l'activité, met les installations sous scellés et, au besoin, procède à la fermeture provisoire et immédiate de l'établissement, et il impose d'introduire un plan de réhabilitation au détenteur des déchets (42). Lorsque la présence de déchets risque de constituer une menace grave pour l'homme ou l'environnement, le gouvernement prend toutes mesures utiles pour prévenir le danger ou pour y remédier et il peut ordonner au détenteur des déchets ou à celui qui les a abandonnés, de procéder à la remise en état du site dans le délai et aux conditions fixés par le gouvernement. À défaut pour ces personnes de prendre les mesures imposées dans le délai fixé, le gouvernement peut confier à la société publique des déchets l'exécution de la remise en état d'office, laquelle s'effectue à charge de la personne mise en demeure, avec constitution de sûreté ou commandement de payer. Il est précisé que le gouvernement ou le bourgmestre peut faire appel aux forces armées, à la gendarmerie et aux services de la protection civile pour assurer toute mesure utile pour prévenir le danger ou pour y remédier ainsi que pour assurer l'enlèvement et le transport des déchets ainsi que la sécurité de ces opérations. Il en adresse demande aux membres compétents du gouvernement fédéral (43).

⁶¹⁷ Les pouvoirs y sont comparables mais renforcés, car il s'agit de la surveillance des infractions avec pouvoirs de visites, contrôles, saisies, mesures provisoires nécessaires en vue de l'administration de la preuve, réquisition de l'assistance de la police communale et de la gendarmerie.

⁶¹⁸ *Add.* par exemple le décret régional flamand du 28 juin 1985 relatif à l'autorisation antipollution (sp. les articles 29 et s., dont la réquisition de la police communale ou de la gendarmerie par le bourgmestre ou les fonctionnaires désignés dans l'exercice de leurs fonctions, article 30), ou encore le décret régional flamand du 2 juillet 1981 concernant la gestion des déchets, tous deux de nombreuses fois modifiés (sp. l'article 21, § 2, c et l'élimination d'office de déchets ainsi que l'assainissement d'office de sols pollués et des installations industrielles désuètes susceptibles de mettre en danger l'environnement et la santé publique, après mise en demeure non honorée et aux frais des contrevenants voire même des propriétaires; les articles 55, 61, 3 et le droit de requérir l'assistance de la police communale ou de la gendarmerie pour les gouverneur, bourgmestre et fonctionnaires désignés).

⁶¹⁹ Le tableau annexé permet une vision plus globale de la matière, en dépit du fait qu'il n'est pas exhaustif et qu'il est donc forcément caricatural. Il ne reprend qu'une série de dispositions significatives, sans articuler

En guise de première remarque, le nombre de textes confirme l'inexistence d'un privilège général lié à l'exécution forcée. Aucun texte ne confère un tel privilège, fût-ce à une autorité administrative en particulier, et cela malgré certains textes qui ont une portée très générale, mais encadrée par une série de garde-fous.

Il est également abusif de prétendre évoquer le privilège de l'administration en général. Il y a une série de privilèges législatifs déterminés qui, procédant généralement du même mécanisme et des mêmes modalités, peuvent être étudiés de manière générique. Ils concernent toutefois diverses administrations prises séparément, dans différentes matières⁶²⁰. L'abus de langage est pourtant répandu. Il découle de l'illusion paradoxale d'une théorie générale de droit administratif, dans un univers fortement déterminé par des législations spécifiques. De la sorte, il concourt cependant au mirage d'un privilège général.

La sujétion de l'administration au droit commun n'apporte pas vraiment une solution à la disparité des privilèges, puisque les lois administratives dérogent au droit commun, par définition, notamment en ce qui concerne les formes. Néanmoins, le droit commun joue régulièrement le rôle de standard dans le contrôle du respect des principes d'égalité et de non-discrimination réalisés par la Cour d'arbitrage⁶²¹.

dispositions légales ou réglementaires la plupart du temps. Et pour cause, ces dernières peuvent être des règlements communaux dont le complément est susceptible de modifier le contenu des cellules du tableau. Comp. L. RICHER, "Les travaux exécutés d'office", *C.J.E.G.*, 1985, p. 43 (un tableau très sommaire). L'aperçu en législation ne peut pas être transposé comme tel en droit français. En effet, la "presque totalité des lois administratives qui régissent aujourd'hui la Belgique ont été édictées depuis le jour où elle a acquis son indépendance politique" (M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1950, n° 30, p. 44).

620 Même si le privilège est récurrent en matière de police, comme l'atteste la doctrine. En droit français : L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 4 (comp. toutefois p. 45); O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 367; J. BRETHE de LA GRESSAYE, in *Études offertes à G. Ripert*, *op. cit.*, T. I, 1950, p. 307; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 43, p. 74; C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 5) et la présomption d'urgence en matière de police, tentée par M. HAURIU et O. DUPONT; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 202; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 720 : une matière d'urgence. En droit belge : O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12 et note 2 : tous les textes de droit administratif rentrant dans les lois et règlements de police permettent la coercition, édictent des commandements ou des défenses à respecter, sous peine, en cas de résistance, d'y être contraint au besoin par la force; L. MOUREAU, *op. cit.*, 1946, pp. 62 et 63, 99, 120, 157, et surtout p. 144; M. VAUTHIER, *op. cit.*, 3^e éd., 1950, n° 25, p. 40; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1752 et 1753, a contrario concernant l'absence d'une présomption d'urgence; A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, n° 60, p. 34, impl. (exemples); P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, p. 327, n° 414 (les privilèges du préalable et de l'exécution d'office) et n° 210, p. 161 (les exemples des impôts et des ordres de police); R. WILKIN, *op. cit.*, 1963, Police administrative, p. 290, n° 1 et n° 7, p. 299 (les seuls endroits où la décision d'office de l'exécution et l'exécution d'office ont été relevés chez l'auteur); A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, p. 439, n° 480ter (l'action d'office et l'exécution forcée); A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 321 (l'action d'office et l'exécution forcée); M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 16 (le privilège de l'exécution d'office) et T. II, 1989, n° 458, p. 1104 (les deux privilèges); P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 81, p. 90 : une illustration fréquente en matière de police administrative de l'économie. Comp. av. gén. DELEBECQUE, concl. contr. préc. Cass., 31 juillet 1845, *Pas.*, 1846, I, 165 (veuve Jérôme) et concl. cette fois conf. préc. Cass., 19 juin 1851, *Pas.*, 1851, I, 330 (veuve Maris) : "Toutes les fois que l'administration agit comme pouvoir de police, elle agit souverainement; elle est libre dans son action, et n'a point à réclamer le concours de l'autorité judiciaire, qui ne peut alors s'immiscer dans un acte qui lui est étranger". Rem. Cyr CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 251 (et p. 252), note 3 et l'extension soutenue du champ des contraintes d'office dans le cadre des rapports de l'administration avec ses agents. Cela dit, la plupart des matières administratives constituent des polices.

621 Voy. *infra*, n° 588 et s.

471. Des privilèges légaux. Deuxième remarque. Le principe de l'exécution forcée sans autorisation préalable du juge doit figurer dans un texte de valeur législative. Une délégation de pouvoir peut permettre à l'exécutif de mettre en œuvre et d'organiser les modalités de cette exécution, dans le respect des limites qui la définissent. D'initiative, toutefois, à défaut d'habilitation légale, le privilège ne peut pas être établi par le biais d'un texte réglementaire.

La sujétion au droit commun est décisive sur ce point. Car, à défaut d'une loi, le droit commun trouve à s'appliquer. Or, si ce dernier est de valeur législative, un texte réglementaire ne peut pas y déroger.

À noter que la réglementation du privilège est souvent concentrée dans un seul texte. Autrement dit, la délégation a tendance à être soit quasi inexistante, soit quasi totale, sauf le principe de l'exécution forcée, d'ailleurs souvent formulé même concernant des infractions aux règlements.

Une préférence a déjà été indiquée pour que les principes soient formulés dans la norme de valeur législative. À charge pour le législateur de motiver la "discrimination" dans les travaux préparatoires⁶²².

472. Des privilèges précis. Troisième remarque. L'autorisation de procéder à l'exécution forcée est diversement formulée, selon le cas. En matière non pécuniaire⁶²³, il s'agit le plus souvent d'autoriser le remplacement dans l'adoption de certaines mesures, au besoin par la force.

Le cas échéant, la réquisition directe des forces de l'ordre gagne à être expressément prévue, car elle est de nature à éviter les problèmes d'interprétation à défaut⁶²⁴, dans une matière où l'interprétation stricte doit prévaloir. Le droit de la fonction de police lui-même prévoit de manière supplétive, s'il en est, la manière de requérir les forces de l'ordre⁶²⁵.

Les mesures à prendre gagnent également à être précisées, surtout lorsqu'elles relèvent d'un fonctionnaire de rang inférieur. Elles le sont en règle générale. Toutefois, la matière requiert

622 Voy. *infra*, n° 596.

623 Les mesures peuvent être très diverses et même s'apparenter aux matières pécuniaires. On songe par exemple aux mesures conservatoires lorsqu'elles sont apparentées aux saisies conservatoires, dont on trouve un exemple en matière de douanes, voire même dans l'apposition de scellés.

624 Qu'il s'agisse de l'emploi de la force, pour les services d'ordre, comme de la réquisition des forces de l'ordre. Dans le style évasif, on mentionnera l'article 4 du Code rural relatif au droit de fouille et à la prise de possession sur exploit d'huissier quinze jours au moins à l'avance, dont il n'est pas mentionné qu'elle a lieu d'office (l'article 3 indique seulement qu'en cas d'opposition du propriétaire, il sera statué par le Roi, la députation entendue, mais l'article 89 punit d'une amende ceux qui auront fouillé le champs d'autrui sans l'autorisation du propriétaire ou de l'exploitant...). Add. l'article 3 de l'arrêté royal du 5 août 1970 portant règlement général de police des cours d'eau non navigables, selon lequel l'autorité compétente peut obliger les usagers ou les propriétaires d'ouvrages établis sur les cours d'eau non navigables de placer, à leurs frais, dans le lit de ces cours d'eau, des échelles de niveau ou des clous de jauge ou de modifier l'emplacement ou la disposition des échelles ou des clous existants. Au besoin par la force ?

625 S'il n'est pas permis d'utiliser soi-même la force, il semble en revanche possible de remplacer soi-même autrui, sans devoir nécessairement passer par un tiers, sauf mention explicite en sens contraire (dans la loi ou dans une décision judiciaire).

parfois une certaine souplesse inhérente à des situations complexes et difficilement prévisibles. Le cas échéant, la précision peut réduire l'efficacité d'une intervention pourtant nécessaire, puisqu'elle justifie l'établissement du privilège en législation. En dépit du principe de proportionnalité aujourd'hui bien ancré dans toutes les sources du droit, il n'est pas inutile de rappeler, le cas échéant, qu'il ne peut s'agir que de mesures nécessaires. Ne fût-ce que pour orienter, en pratique, les acteurs du terrain.

473. L'utilité d'une formule. Quatrième remarque. En fin de compte, l'idéal serait de mettre au point une formule synthétique, à partir de l'observation des textes rassemblés, pour guider le législateur dans l'établissement du privilège.

Il ne s'agit pas de déterminer ce qui peut figurer dans quel type de norme, car cela dépend du droit commun et de la matière concernés, en particulier sous l'angle des critères de la délégation.

Il ne s'agit pas non plus d'élaborer un texte universel, encore qu'à l'instar des sanctions administratives et pénales en matière locale, un minimum pourrait être requis⁶²⁶.

Il s'agit plutôt de préparer le travail en élaborant une structure de base rassemblant une série d'éléments qu'il est souhaitable de voir figurer dans un texte à la source d'un mécanisme d'exécution d'office. Une sorte d'équation comprenant plusieurs paramètres et permettant l'élaboration en connaissance de cause d'une politique donnée selon les matières.

474. Un souci absent en doctrine. La plupart des auteurs qui ont écrit sur les privilèges ont contourné cette difficulté, de même d'ailleurs que l'approche des privilèges en législation selon une perspective générale. La raison avouée est la disparité des matières⁶²⁷ et des manières de déroger au droit commun, parfois même selon les législateurs⁶²⁸.

626 Comp. G. VEDEL, *op. cit.*, E.D.C.E., 1980, pp. 34 et 42 et la difficulté par le passé d'une loi sur l'acte administratif unilatéral (un frein à l'évolution connue qui, en même temps, a débouché sur une permanence politique), mais pas nécessairement pour l'avenir avec les principes fondamentaux aujourd'hui "de niveau législatif" (l'essentiel), notamment en ce qui concerne la procédure non contentieuse, mais sans référence à l'exécution. En droit belge : M.-A. FLAMME, "Vers la codification de la procédure administrative", *R.A.*, 1970, pp. 221 à 244, également dans l'intérêt de l'administration, mais sans qu'y figure l'exécution. Rem. que l'énumération de principes généraux peut suffire : L.P. SUETENS, *in op. cit.*, 1997, n° 23, p. 408, à l'instar de l'obligation de motivation finalement consacrée par un texte. Il peuvent aussi concerner l'administré. Ils peuvent même être formels (mesures nécessaires, délai suffisant, autre).

627 M. SOMERHAUSEN conseillait ainsi à ses étudiants "de toujours remonter aux textes des lois et des règlements" car le droit administratif est "un droit vivant" (*op. cit.*, 4^e éd., 1966, p. 14). Quant à J. DEMBOUR, il attirait leur attention sur la valeur scientifique particulière en droit administratif de la méthode strictement inductive : "C'est en partant des données concrètes fournies par le droit positif et par la jurisprudence qu'il convient de construire progressivement le droit administratif" (*op. cit.*, 3^e éd., 1978, p. 31). *Add.* en droit français C. EISENMANN, *op. cit.*, T. I, 1982 (année 1954-1955), "Régimes de droit public et régimes de droit privé", pp. 301 à 525, sp. p. 305; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 765, n° 30 : "Il va de soi que le recensement complet, tout au moins pour l'essentiel, (...) est très difficile à effectuer. Il faut se contenter d'essayer de considérer les actes les plus importants, soit quantitativement et qualitativement - les très grandes catégories -, soit au moins qualitativement, mais l'essentiel, ce sont les grands types, les catégories très étendues; il serait très beau de n'en point oublier". Plus loin : le monde des normes de police "dont il serait présomptueux de prétendre faire le tour" (p. 775, n° 48). L'auteur distingue les normes d'obligations pécuniaires, les normes

Un auteur néanmoins, en droit français, a montré plus de témérité que les autres, en tentant de relever - de manière non exhaustive, à l'impossible nul n'étant tenu⁶²⁹ - les principales dispositions législatives attribuant le privilège de l'exécution forcée à l'administration française. Il s'agit de G. DUPUIS avec sa théorie du privilège d'exécution forcée dans la législation⁶³⁰.

Les principales conclusions de ses relevés peuvent être résumées comme suit. Selon l'auteur, les conditions posées à l'exécution d'office (y compris leur formulation) traduisent une réticence du législateur ou le souci de limiter le privilège, de le cantonner à un privilège exceptionnel⁶³¹. Les conditions posées par le système de ROMIEU se trouvent fréquemment reproduites dans les textes⁶³², ce qui renforce de toute évidence leur légitimité. Quant à la mise à charge de l'administré des frais de l'exécution, elle est rarement assortie d'un recouvrement privilégié, ou alors comme en matière de contributions directes : l'exécution forcée est paralysée si le débiteur agit en justice⁶³³.

patrimoniales non pécuniaires et les normes de police. *Add.* R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 142 : "En réalité, un recensement complet et définitif étant fort malaisé, il faut bien s'en tenir à une impression d'ensemble"; J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Juriscasseur administratif*, fasc. 110 (1989), p. 4, n° 18 : une tâche impossible. Le domaine est trop vaste pour P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 44, p. 73; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 34, n° 26. Comp. J. RIVERO, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1953, pp. 279 à 296 et l'extrême difficulté de rechercher les prérogatives de puissance publique matière par matière; F. MODERNE, *op. cit.*, 1960, T. II, titre 1, p. 23. *Add.* M. BOURQUIN, *op. cit.*, 1912, n° 68, p. 92, note 1 : des recherches très éparpillées. C'est inhérent à la matière, résistante à toute codification : "l'abondance des textes, la diversité de leurs origines, le peu d'harmonie qu'ils ont souvent entre eux, risquent d'égarer le commentateur qui voudrait leur appliquer les mêmes méthodes qu'au droit codifié", écrivait E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. VII.

628 La question est d'autant plus pertinente dans un État fédéral. Mais elle se pose également dans l'État unitaire ou eu égard à un même niveau de pouvoir : le législateur, sujet à renouvellement fréquent, suit-il une certaine logique ou légifère-t-il au cas par cas ? Pour T. FORTSAKIS, il ne fait aucun doute que le législateur a créé la quasi-totalité des services publics sans préoccupation de conceptualisme en droit français (*op. cit.*, 1987, p. 25). Historiquement, l'organisation de l'administration étatique aurait été réalisée de manière empirique, branche par branche, ce qui aurait favorisé la formation d'un droit spécifique à chaque branche, rendant l'unité difficile à percevoir (p. 63).

629 Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 749 à 752, n° 11 à 13. L'auteur souhaite globaliser le débat pour éviter les raccourcis erronés. À son estime, une théorie complète de l'exécution des normes administratives unilatérales devrait prendre en considération les normes régies par le droit privé aussi bien que les normes régies par le droit administratif *stricto sensu*, de même d'ailleurs que les normes unilatérales posées par l'autorité administrative dans le cadre des relations contractuelles, c'est-à-dire à l'égard de cocontractants, aussi bien que celles posées dans le cadre des relations non contractuelles, en dehors du contrat. Il faut préciser que l'auteur est ombré par l'exécution au sens large et dépasse ainsi largement le système de l'exécution forcée administrative.

630 G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, pp. 435 à 483, n° 334 à 343, sp. pp. 476 à 483, n° 331 à 339. Rem. aussi C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 764 à 777, n° 29 à 49. Mais l'auteur procède par exemples types et préfère réserver sa conclusion (dans le cadre d'un cours) tout en formulant une appréciation globale selon l'avantage des procédures (en ce compris le privilège de juridiction). Il est vrai que pour lui, "La préoccupation théorique ou analytique l'emporte de beaucoup sur le souci pratique et utilitaire". Comp. L. SFEZ, *op. cit.*, 1966, p. 502, ad : "Le seul moyen de dominer intellectuellement le désordre consiste à prendre sur lui (le droit administratif) une certaine distance".

631 Ainsi, le législateur prend la peine de privilégier la voie amiable avant la réquisition, de formuler le privilège sur le mode du pouvoir au lieu de celui de l'être (au futur simple) ou du devoir (pourra au lieu de sera), ou encore de préciser avec redondance que le recours à la force aura lieu "au besoin".

632 La limitation à ce qui est nécessaire par rapport à un objectif déterminé (travaux, autres); la mise en demeure et le principe de délais; le souci de limiter le privilège à une matière déterminée (beaucoup de textes, mais aucun texte n'a une portée générale : tous ont des champs d'application très réduits).

633 Voy. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 336, pp. 479 et 480.

G. DUPUIS a été jusqu'à risquer une formule destinée à résumer le privilège en législation. Les dispositions législatives consacrant le privilège de l'exécution forcée administrative se présenteraient ainsi : "En la matière m, l'administration peut exécuter ses normes d'office dans les cas limitativement énumérés C1, C2, C3, etc."⁶³⁴.

475. Proposition d'une formule. La formule est très sommaire. De la sorte, elle indique sans doute à quel point il est difficile d'établir des règles uniformes en la matière. Elle mérite toutefois d'être étoffée.

Les éléments déjà contenus dans la formule appellent des précisions. Les modalités de l'exécution doivent être ajoutées. La matière m est par contre évidente, puisque le dispositif est toujours inséré dans une loi qui y est relative. Il convient donc de la supprimer.

La formule suivante peut ainsi être proposée :

Dans telle hypothèse (h)⁶³⁵, telle autorité (a) ou telle autre en cas d'empêchement⁶³⁶, met en demeure l'intéressé par écrit de se conformer, dans un délai déterminé (d)⁶³⁷, aux instructions qu'elle lui donne et qui sont nécessaires à la réalisation de tel objectif (i). À défaut d'obtempérer dans le délai requis (r) ou lorsque le moindre retard pourrait entraîner un dommage grave et difficilement réparable (e), l'autorité peut exécuter ou faire exécuter les mesures nécessaires, sans l'autorisation préalable du juge, après une dernière sommation, en requérant au besoin la force publique. L'exécution a lieu aux risques et périls de l'intéressé⁶³⁸, de même qu'à ses frais, dont le montant peut être réclamé par voie de justice (ou de contrainte⁶³⁹) (n).

Il ne paraît pas nécessaire de prévoir un recours particulier pour s'opposer au privilège, les voies ordinaires étant suffisantes et précédées, si possible, d'une tentative d'accord amiable. Mais il peut être prévu que l'écrit indiquera l'autorité à joindre pour faire valoir ses droits ou ses observations, voire même une procédure assortie de suspension ou de délais de réponse contraignants.

⁶³⁴ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 335, p. 479. Comp. C.-H. VIGNES, *op. cit.*, R.D.P., 1960, p. 777 et le schéma de la substitution : telle autorité, après mise en demeure (sauf urgence), agira en lieu et place de. Comp. aussi L. RICHER, *op. cit.*, C.J.E.G., 1985, pp. 36 à 39, soulignant p. 43 la variabilité des garanties.

⁶³⁵ Situation, conditions.

⁶³⁶ Voire de carence.

⁶³⁷ À défaut, l'élément est laissé à la discrétion de la jurisprudence à travers la notion de "délai raisonnable".

⁶³⁸ Contrairement à ce qui se passe en matière contractuelle, la mention est susceptible de modifier la donne du droit commun de la responsabilité lorsqu'elle procède de la loi (comp. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 196, pp. 270 à 272, n° 211, p. 292 et n° 260, p. 356), sous réserve du partage de compétences (les entités fédérées sont cantonnées aux pouvoirs implicites).

⁶³⁹ De manière privilégiée, voire moyennant caution compte tenu des risques d'insolvabilité. Voire encore, comme solution intermédiaire, sur présentation d'un état taxé et rendu exécutoire par le juge des saisies. Rem. de la sorte l'article 65, § 2, al. 2 de la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme (devenu l'article 155, § 4, al. 3 du nouveau C.W.A.T.U.P.).

476. Une formule souple. Chaque élément de la formule est susceptible d'être modalisé, voire omis, selon la politique décidée dans la matière concernée.

La mise en demeure - "minimum incompressible"⁶⁴⁰, sauf exception - peut par exemple aller d'un avertissement oral jusqu'à l'exploit d'huissier, en passant par le simple écrit ou le recommandé à la poste. Le coût du procédé retenu doit entrer en ligne de compte⁶⁴¹, mais il ne doit pas être le seul élément déterminant. Les droits de la défense requièrent en effet la certitude que l'intéressé soit prévenu suffisamment à l'avance du risque que son comportement peut engendrer. Un délai raisonnable doit être imparti⁶⁴². Mais d'autres modalités peuvent être ajoutées. Au besoin, une mesure d'expertise contradictoire peut par exemple être prévue.

À noter la mention recommandée de la réquisition autorisée des forces de l'ordre, au besoin, y compris lorsque la mesure est une mesure de remplacement. Il convient de prévoir toutes les éventualités. Le comportement du remplacé est imprévisible et le recours à la force peut s'avérer nécessaire. Le dispositif gagne surtout en précision en n'évoquant pas seulement "l'exécution d'office"⁶⁴³.

À remarquer, pour finir, que le paramètre "l'intéressé" peut également faire l'objet de précisions. En particulier lorsqu'il s'avère nécessaire, relativement à un immeuble, par exemple, de prévenir non seulement le(s) propriétaire(s), mais aussi les locataires ou les occupants de la mesure d'exécution.

⁶⁴⁰ L. RICHER, *op. cit.*, C.J.E.G., 1985, p. 36.

⁶⁴¹ Il représente des centaines de millions en matière d'impôts sur les revenus.

⁶⁴² La mise en demeure est le prototype de mesure susceptible de faire l'objet d'un règlement communal afin de guider l'autorité communale lorsqu'elle est chargée de l'exécution d'une politique et pour autant que la matière ne fasse pas l'objet d'une réglementation détaillée et exhaustive de niveau supérieur.

⁶⁴³ Comp. *infra*, n° 558 et s., et sp. n° 561 en ce qui concerne la récupération d'office organisée par l'article 1410, § 4 du Code judiciaire. Comp. S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, pp. 13 et 14, concernant le pouvoir reconnu au Ministre de la santé de requérir les fonctionnaires de l'inspection de la pharmacie chargés du contrôle et un huissier de justice pour procéder à la fermeture temporaire ou définitive de l'officine en cas de suspension, retrait, annulation ou déchéance de l'autorisation d'officine pharmaceutique. Réserve le cas d'annulation par le Conseil d'État, lié à l'effectivité du recours au juge requérant selon lui le caractère exécutoire de ses arrêts, le conseil collatéral s'étonne de la formulation de la prérogative concernée. Selon lui, en effet, "il n'est pas nécessaire de prévoir l'intervention (inhabituelle) de l'huissier de justice. Il est dès lors suffisant de disposer que le ministre peut désigner des agents des services du ministère pour exécuter sa décision, le cas échéant en usant de contraintes". Le conseil eût gagné en cohérence en soulignant la réquisition, au besoin, des forces de l'ordre. Le recours à la force est en effet prohibé dans le chef d'agents ordinaires (comp. p. 13 en ce qui concerne les arrêts du Conseil d'État et la réquisition des services de police par l'huissier de justice). Rem. au sujet de la déchéance (le défaut d'usage d'une autorisation dans le délai fixé) : l'effet juridique lié de plein droit à l'expiration d'un délai déterminé ne peut être exécuté ni *a fortiori* faire l'objet d'une exécution forcée. Ainsi, le texte pourrait prévoir qu'en cas d'autorisation périmée, le ministre pourra, si nécessaire, ordonner la fermeture de l'officine, décision qui, ensuite seulement, pourrait être exécutée en ayant éventuellement recours à la contrainte (p. 14).

III. De l'urgence à "l'urgente nécessité"

*"On ne doit pas ignorer les cas-limites;
(mais) il ne faut pas raisonner en fonction d'eux."*

F.-P. BÉNOIT⁶⁴⁴

477. La question de l'urgence en matière d'exécution. Bien que la jurisprudence n'ait jamais vraiment exclu l'intégration de l'exécution d'office au sens strict en droit belge, on espère avoir convaincu qu'elle y est inadéquate en vertu du système constitutionnel (I). Le rôle du juge judiciaire belge en matière administrative et la sujétion de principe de l'administration au droit commun sont les fers de lance de la démonstration.

En effet, le droit commun impose déjà des règles précises en matière d'exécution, y compris en matière administrative, notamment concernant la manière de saisir le juge pour lui demander l'autorisation d'exécuter au besoin par la force. Par conséquent, il n'est pas nécessaire pour le juge de combler les lacunes de la loi en élaborant un système propre à l'exécution administrative, comme en France.

Ce n'est pas nécessaire, mais surtout ce n'est pas permis. En principe, seule la loi administrative peut déroger au droit commun. Elle est la source principale de la spécificité administrative en matière d'exécution. Elle est la source, autrement dit, des privilèges étudiés.

La loi est omniprésente, y compris en ce qui concerne l'hypothèse de l'urgence, dans la mesure où la loi utilise très souvent l'urgence comme condition d'application du privilège qu'elle établit. Le rôle de l'urgence est toutefois ambigu en législation⁶⁴⁵, car elle y fonctionne "à double sens". Elle justifie l'action administrative autant qu'elle permet la censure préventive du Conseil d'État ou du pouvoir judiciaire⁶⁴⁶.

La compatibilité de l'hypothèse de l'urgence avec le droit belge est plus compliquée à résoudre que les autres, car elle dépend du rôle joué par l'urgence en droit commun, compte tenu de la perspective retenue. À défaut de rôle en droit commun, le même régime devrait être appliqué aux administrations, sous réserve d'un texte légal exprès. Le cas échéant, en revanche, l'urgence pourrait être appelée à jouer un rôle en matière d'exécution administrative. De même d'ailleurs que l'intérêt général et la continuité du service public, mais à travers le critère de l'urgence.

⁶⁴⁴ F.-P. BÉNOIT, *op. cit.*, 2^e éd., 1968, n° 886, p. 517, *ad.*

⁶⁴⁵ Il pourrait même arriver que la loi exclue de manière expresse l'éventualité de l'urgence. Rem. ainsi l'article 5 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, conçu pour éviter de vider l'obligation d'une partie de sa substance : "L'urgence n'a pas pour effet de dispenser l'autorité administrative de la motivation formelle des actes administratifs" ! Cela paraît toutefois peu probable en matière d'exécution d'office.

⁶⁴⁶ Rem. J.M. POUPART, "Les voies de fait et la juridiction des référés. Étude de jurisprudence", *Ann. dr.*, 1974, pp. 319 à 347.

Dans le dernier cas, un doute apparaît quant au caractère privilégié de l'hypothèse, puisqu'elle résulte directement du droit commun. Un doute d'autant plus important à résoudre qu'en France, le cas d'application est le plus répandu après celui de la loi en matière d'exécution d'office. Y compris en Belgique, l'urgence paraît jouir d'une certaine crédibilité en doctrine, susceptible de déboucher sur une valeur dérogatoire autonome bien réelle, en particulier en matière d'exécution d'office.

478. L'absence de jurisprudence belge consacrant sa valeur dérogatoire. L'expérience incite néanmoins à la prudence. Elle a montré que la doctrine ne peut pas toujours être prise pour argent comptant. En jurisprudence belge, force est d'ailleurs de rappeler l'absence de décision relevée consacrant un effet dérogatoire de l'urgence à défaut d'un texte exprès dans la matière⁶⁴⁷, et cela contrairement aux apparences créées de toutes pièces en doctrine.

Le seul exemple "désincarné" d'un texte légal et cité en doctrine⁶⁴⁸, sans décision à l'appui, mais susceptible de convaincre à défaut d'information supplémentaire, est celui de l'incendie, d'ailleurs privilégié par ROMIEU, en droit français, au moment d'établir sa théorie.

À la réflexion, cependant, le scénario procède également de textes exprès. A. VANWELKENHUYZEN soulignait déjà son rattachement explicite à la loi (de police) communale⁶⁴⁹. À ce texte, il faut ajouter la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile⁶⁵⁰ 651, l'arrêté royal du 23 juin 1971 organisant les missions de la protection civile et la coordination des opérations lors d'événements calamiteux, de catastrophes et de sinistres⁶⁵², ou

⁶⁴⁷ Voy. *supra*, n° 418 et s.

⁶⁴⁸ À savoir le seul exemple cité ne constituant pas un cas d'application légale.

⁶⁴⁹ L'article 134, § 2, 5° de la Nouvelle loi communale prévoit effectivement, au titre d'attribution communale, le soin de prévenir, mais aussi de faire cesser par la distribution des secours nécessaires, notamment les incendies. Les services d'incendie sont d'ailleurs principalement communaux ou intercommunaux. Rem. sur ce point Bruxelles, 2 janvier 1923, *Rev. comm.*, 1923, p. 178 et obs. : la commune, agissant par ses organes, a le droit de prendre toutes les mesures utiles en vue de l'extinction de l'incendie, sans que rien ni personne ne puisse l'entraver, et avec immunité absolue et certaine pour autant que les dégâts soient la conséquence nécessaire et inévitable de ces mesures.

⁶⁵⁰ Dont l'article 5 confère au ministre ayant l'intérieur dans ses attributions, ou son délégué, lors des interventions effectuées dans le cadre de la protection civile et pour les besoins de celle-ci, de même qu'au bourgmestre ou, par délégation de celui-ci, aux officiers des services communaux d'incendie lors d'interventions de ces services dans le cadre de leur mission propre en temps de paix, le pouvoir de procéder à la réquisition des personnes et des choses qu'il jugerait nécessaire. L'article 7 leur permet, après avoir établi des sanctions pénales, "de faire procéder d'office à l'exécution (des mesures ordonnées en application de la présente loi), aux frais exclusifs des réfractaires ou des défaillants, ainsi que récupérer d'office, par voie de contrainte, les frais ainsi exposés". À noter l'article 6 relatif au déplacement de populations, en temps de guerre ou lorsqu'il y a une menace d'événements calamiteux, de catastrophes et de sinistres.

⁶⁵¹ Voir même encore la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou des visites domiciliaires, l'interdiction ne valant pas en cas d'incendie ou d'inondation, au terme de l'article 1^{er}, alinéa 2, 5°.

⁶⁵² L'arrêté prévoit, dans son article 2, l'intervention d'office des services de la protection civile en cas d'événements calamiteux et de catastrophes, un arrêté royal du 8 novembre 1967 portant, en temps de paix, organisation des services communaux et régionaux d'incendie et coordination des secours en cas d'incendie.

encore l'article 17 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police⁶⁵³. C'est donc bien en vertu de textes légaux que les pompiers sont dispensés de demander au juge l'autorisation de "disposer" de la propriété privée pour permettre leur intervention en cas d'incendie.

En l'absence de jurisprudence ou même d'exemple en pratique consacrant l'exception d'urgence en matière d'exécution d'office, il est permis d'imaginer que l'arsenal législatif est tellement complet qu'un texte est toujours disponible pour faire face à toutes les circonstances, y compris urgentes, comme A. VANWELKENHUYZEN l'a par exemple défendu : le législateur aurait tout prévu⁶⁵⁴.

À titre préventif, il convient néanmoins de s'interroger sur la valeur dérogatoire de l'urgence en jurisprudence belge et administrative, en réservant toutefois au chapitre 2 sa compatibilité avec le droit commun⁶⁵⁵. Est-il vraisemblable de la voir consacrée un jour, le cas échéant par l'une des hautes juridictions ?

479. La probabilité d'une telle jurisprudence. Une telle jurisprudence paraît fort improbable. En témoigne d'abord l'absence d'un arrêt de principe dans ce sens depuis 1831 en droit belge, y compris en droit privé. L'atteste ensuite et surtout l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1953⁶⁵⁶ dans lequel la Cour de cassation s'est employée à canaliser avec une extrême prudence la valeur dérogatoire de l'urgence par rapport aux règles de droit administratif en vigueur.

Pourtant, le contexte était favorable à une jurisprudence d'exception. En effet, l'arrêt s'inscrit déjà en matière administrative dans laquelle, par tradition, le juge est censé faire preuve d'une plus grande souplesse qu'en droit privé. Mais surtout, l'arrêt concerné se rapporte à une période particulièrement tumultueuse, à savoir la Seconde Guerre mondiale, c'est-à-dire dans un contexte où, à la limite, on aurait pu comprendre une simple référence à des circonstances exceptionnelles, à l'instar de ce que l'on connaît en France.

Nonobstant, la Cour de cassation n'a fait preuve d'aucune faiblesse dans son raisonnement. Certes, en pratique, la Cour est arrivée au même résultat. Mais son raisonnement tenu dans de

⁶⁵³ La disposition concerne l'intervention des services de police sur les lieux de calamité, catastrophe ou sinistre destinée à avertir les autorités administratives et judiciaires compétentes, mais aussi de prendre, dans l'attente de l'intervention de ces autorités et en réquisitionnant au besoin, toutes les mesures utiles propres à sauver les personnes en danger, à protéger l'évacuation des personnes et des biens et à empêcher le pillage.

⁶⁵⁴ A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 325. Rem. aussi p. 324 : "Sans doute, dans le cas où une autorité est amenée à recourir à la contrainte, cherche-t-elle toujours dans l'arsenal de nos lois le bouclier qui la protégera contre le reproche d'avoir agi illégalement et sans droit".

⁶⁵⁵ Voy. *infra*, n° 503 et s.

⁶⁵⁶ Cass., 11 juin 1953, *Pas.*, 1953, I, 787; *J.T.*, 1954, p. 710 et obs. et *R.A.*, 1954, p. 90. Comp. civ. Nivelles, 4 juin 1941, *Rev. de l'adm.*, 1942, p. 361. Le jugement est généralement présenté comme dégagant déjà les mêmes critères que la Cour de cassation. La formulation et le contexte sont toutefois très différents, comme indiqué en note 676. *Add.* la réticence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du rôle dérogatoire de l'urgence et des circonstances exceptionnelles qu'elle conçoit de manière très restrictive (S. BRACONNIER, *op. cit.*, 1997, resp. pp. 173 et 174 ainsi que pp. 258 à 265 (nécessité absolue)).

telles circonstances est un signal clair de ce à quoi il faut s'attendre en temps ordinaire : la simple urgence n'est manifestement pas susceptible de justifier l'exécution forcée d'office à défaut de texte exprès.

480. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1953. La doctrine voit dans l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1953 une application de la théorie du fonctionnaire de fait en période de guerre⁶⁵⁷, en dépit de l'absence de toute investiture plausible permettant de se raccrocher à la théorie de l'apparence de droit, qui caractérise pourtant la théorie du fonctionnaire de fait et ses critères particuliers.

Les critères avancés dans l'arrêt du 11 juin 1953 sont tout autres. Ils participent d'une *théorie de la nécessité* plutôt que de celle de l'apparence de droit.

Certes, l'arrêt n'est pas relatif à l'exécution d'office. Mais son enseignement est précieux dans ce cadre, par analogie. Il l'est d'autant plus qu'il paraît unique en son genre.

481. Les faits. Après la retraite allemande, en septembre 1944, la commune de Recht se trouvait dépourvue de toute autorité régulière, hormis l'autorité militaire. En conséquence, un officier de l'armée secrète procéda à la désignation d'administrateurs provisoires de la commune, dont certains actes ont apparemment causé des dommages de guerre, en l'occurrence à deux habitants pour le ravitaillement de la population. Ceux-ci se sont donc employés à tenter de démontrer la responsabilité personnelle des administrateurs pour obtenir une indemnisation de leur préjudice, que la loi impose de juger irrecevable si les faits de guerre sont imputables à la commune⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Voy. C. CAMBIER, "L'illégalité pour cause d'incompétence", *J.T.*, 1954, pp. 345 à 346; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 94, p. 71; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 81, p. 81 et note 21; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, p. 50, n° 50; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 199, p. 271 et note 1; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 65, p. 69 (circonstances exceptionnelles) ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 79, n° 70; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 142, p. 336; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 397, p. 637 et note 1369 (et n° 446, p. 734). Ladite théorie est clairement liée à la continuité de l'action administrative. Fondée sur l'apparence de droit en période normale, elle le serait sur la nécessité en période de guerre. *Add.* C. HUBERLANT, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, p. 683; M. LEROY, *op. cit.*, 1987, n° 122, p. 165, note 1; P. GILLIAUX, "Le régime juridique des circonstances absolutes d'illégalité en droit public", avis préc. C.E., Dufour, n° 44.967, 23 novembre 1993, *A.P.T.*, 1994, p. 59. Comp. encore P. MAROY, *op. cit.*, 1961, p. 18; W.J. GANSHOF van der MEERSCH, *op. cit.*, 1970, p. 69.

⁶⁵⁸ La loi du 1^{er} octobre 1947 relative à la réparation des dommages de guerre aux biens privés, stipule dans son article 1^{er}, § 4, combiné avec son article 2, 1^o, que les articles 1382 à 1386bis du Code civil, en tant qu'ils mettent en cause la responsabilité de l'État belge ou d'autres administrations publiques, ne sont pas applicables aux faits de guerre imputables à la commune, en l'espèce accomplis par les administrateurs provisoires pour son compte et dans le cadre de leurs attributions. En ce qui concerne les dommages de guerre aux personnes, l'article 1^{er}, alinéa 4, de la loi du 26 août 1947 sur les pensions de réparation dispose de manière plus explicite que "Toutes les pensions et allocations attribuées en exécution de la loi constituent une réparation forfaitaire et excluent l'attribution, pour le même fait dommageable, de toute autre indemnisation. Cette disposition couvre la responsabilité de l'organe de l'État, agent matériel de l'accident qui a donné lieu à l'attribution de la pension d'invalidité".

La question d'ordre public soulevée par le premier moyen du pourvoi visait ainsi la validité des nominations intervenues, pour échapper à cette loi. La Cour d'appel de Liège avait en effet déclaré non recevable l'action quasi délictuelle en nom personnel intentée par les demandeurs, pour le motif que les défendeurs concernés auraient agi en l'espèce comme organes de la commune (administrateurs provisoires) et pour le compte de celle-ci.

Les habitants demandeurs excipaient logiquement des textes organisant les désignations à titre provisoire après la libération, dans la mesure où un officier de l'armée secrète n'avait pas reçu la compétence d'y procéder, contrairement à d'autres autorités⁶⁵⁹.

482. Le raisonnement de la Cour. Le raisonnement de la Cour est fondé sur une sorte de théorie "des pouvoirs de fait"⁶⁶⁰ liée à la nécessité et à la force majeure⁶⁶¹, c'est-à-dire nettement plus restrictive que la simple idée d'urgence⁶⁶².

"Attendu que la nécessité de la non-interruption et de la permanence des autorités constituées exige, au cas où celles-ci viennent à disparaître, qu'il soit procédé sans délai à leur remplacement; que cette nécessité permet de pourvoir provisoirement à cette défaillance des autorités sans respecter

⁶⁵⁹ En ce qui concerne les autorités communales, l'arrêté-loi du 8 mai 1944 suspendait l'application de l'article 107 de l'ancienne loi communale dans des cas déterminés et déléguait provisoirement à certaines autorités le pouvoir de procéder aux nominations des bourgmestres et échevins, dont les places étaient devenues vacantes, avec l'arrêté des ministres réunis en conseil du 16 juin 1944 et l'arrêté du ministre de l'intérieur du 24 août 1944. Lesdites autorités étaient le Roi, le ministre de l'intérieur, les gouverneurs de province, les commissaires d'arrondissement et, dans certains cas, le chef de la mission d'affaires civiles, mais pas un officier de l'armée secrète.

⁶⁶⁰ Voy. la note 2 et 3, 788. D'où peut-être la confusion avec la théorie du fonctionnaire de fait en doctrine. Mais quel est l'intérêt de construire une théorie du fonctionnaire de fait radicalement différente selon que l'on se trouve en période de guerre ou de paix, comparé au risque de confondre les esprits ?

⁶⁶¹ C. CAMBIER parle de force majeure et de l'état de nécessité : *op. cit.*, J.T., 1954, p. 365. L'essence de la théorie n'est pas éloignée de la continuité du service public, qu'elle tend précisément à assurer. Rem. dans ce sens C. CAMBIER, *op. cit.*, J.T., 1954, p. 345, et dans l'arrêt "la nécessité de la non-interruption et de la permanence des autorités".

⁶⁶² En pratique, les juges du fond sont souvent moins exigeants dans leur motivation, celle-ci pouvant au demeurant dépendre du caractère pénal ou civil de l'affaire. Comp. Liège, 29 mars 1916, *Pas.*, 1915-1916, II, 321, concernant le caractère public de la fonction remplie par le président d'un comité local de ravitaillement, d'initiative privée mais avec l'assentiment des autorités extérieures et occupantes, "dans les circonstances présentes", justifiant l'outrage d'un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions.

Rem. concernant le recours éventuel aux théories de la gestion d'affaire et de l'enrichissement sans cause pour parer aux conséquences : C. CAMBIER, *op. cit.*, J.T., 1954, p. 346, avec référence au droit français; comp. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, p. 212, n° 290; Bruxelles, 23 avril 1952, *Pas.*, 1952, II, 55 et "en raison des circonstances de fait", l'enrichissement sans cause d'une commune consécutif aux emprunts contractés par des édiles improvisés en l'absence des autorités et des deniers communaux en exode (un bourgmestre élu hors conseil et deux conseillers communaux comme échevins), pour faire face aux nécessités vitales de la commune, à l'impérieuse urgence pendant la guerre (l'hiver 1940-1941) et l'absolue nécessité, par crainte d'une indicible misère et de désordres (solidarité, devoir). Selon la Cour, il y avait théoriquement moyen de respecter les règles légales, même si l'urgente nécessité a contraint à procéder autrement. Aussi a-t-elle écarté les thèses de l'obligation contractuelle (ils n'ont pu agir en tant qu'organes de la puissance publique ni lier valablement la commune) et de la gestion d'affaires (le gérant d'affaires ne peut faire plus que celui pour lequel il agit) au profit de l'action *de in rem verso*. En définitive, il semble que le juge du fond est (était avant 1953) mal encadré, à défaut d'une jurisprudence claire de la Cour de cassation.

rigoureusement les formalités légales, dès lors que les dispositions à observer sont, par suite de force majeure, devenues inexécutables.

Attendu que ce principe fondamental a été consacré par l'arrêté-loi du 8 mai 1944 (...);

(...)

Attendu qu'il appartient au pouvoir judiciaire, lorsque la question se pose dans les litiges qui lui sont soumis, de constater la carence de toute autorité régulière et l'urgence de pourvoir à l'administration des intérêts de la collectivité; que ces situations, qui relèvent du domaine du fait, sont souverainement appréciées par le juge du fond".

En l'espèce, et même si les attendus sont quelque peu mélangés avec les principes dans l'arrêt, la Cour commence par identifier le cas de force majeure pour ensuite se cantonner à vérifier la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel, puisqu'il s'agit d'une question de fait.

La force majeure est liée aux avatars de la libération progressive du pays. Ainsi, la Cour commence par déclarer que si l'arrêté-loi du 8 mai 1944 et ses arrêtés d'application - à savoir les textes organisant les désignations à titre provisoire après la libération et n'investissant les officiers de l'armée secrète d'aucune compétence à cet égard - "sont légalement entrés en vigueur à la date de leur publication, encore est-il que matériellement ils ne pouvaient être exécutés que dans les parties du territoire redevenues accessibles à la suite de leur libération".

La Cour ne précise toutefois pas si tel était le cas en l'espèce⁶⁶³. Elle préfère élargir le raisonnement en énonçant que "dans les cas où les autorités déléguées étaient dans l'impossibilité d'exercer leur pouvoir, ce cas de force majeure ainsi que la nécessité de la non-interruption de l'administration communale habilitaient une autre autorité légale à procéder à des nominations provisoires"⁶⁶⁴.

⁶⁶³ La note 2 et 3 sous l'arrêt indique seulement que les faits qui ont donné lieu à l'arrêt annoté sont postérieurs à l'occupation, hypothèse réglée par l'arrêté-loi du 5 septembre 1945 cité ci-dessous, note 670. Mais deux attendus plus loin, la Cour révèle parmi les faits constatés par la Cour d'appel que l'on se situe après la retraite des armées allemandes en septembre 1944, en présence de l'autorité militaire alliée (dont vraisemblablement la résistance belge non constituée). La partie concernée du territoire n'était donc plus sous occupation, elle était libérée, mais elle ne pouvait vraisemblablement pas encore être considérée comme accessible à la suite de sa libération, du moins par aucune autorité civile.

⁶⁶⁴ Le contrôle de motivation opéré par la Cour est éloquent. Les constatations de l'arrêt attaqué étaient les suivantes : après la retraite des armées allemandes en septembre 1944, la commune de Recht se trouvait dépourvue de toute autorité régulière, hormis l'autorité militaire, et il y avait nécessité de pourvoir à l'administration de la commune. Pour la Cour de cassation, le juge d'appel, par les termes "toute autorité régulière", a non seulement constaté l'absence d'administrateurs communaux, mais encore le manque de toute autre autorité civile. Dès lors, "il a pu légalement en déduire que la nécessité de pourvoir à l'administration de la commune de Recht justifiait les désignations faites par un officier de l'armée secrète et que les administrateurs provisoires ainsi délégués devaient être considérés, dans le cadre de la mission qui leur était confiée, comme les organes de cette commune". Si une autorité civile avait été présente, autrement dit, la fonction lui revenait "de droit".

483. La combinaison de l'urgence avec d'autres critères. Force est de relever la portée très limitée de l'urgence en l'espèce⁶⁶⁵. Elle n'est pas un critère unique et suffisant pour permettre de déroger aux textes en vigueur. On peut même écrire qu'elle n'est pas le critère principal de la jurisprudence, qui est plutôt celui de la force majeure.

Plusieurs critères ou conditions à combiner sont requis⁶⁶⁶. Ils ne sont faciles ni à identifier ni à articuler, encore moins en pratique⁶⁶⁷. Il s'agit en vrac de la nécessité⁶⁶⁸, la force majeure (l'impossibilité pour les autorités déléguées d'exercer leur pouvoir⁶⁶⁹), la carence de l'autorité régulière et l'urgence.

En l'espèce, il ne faut pas oublier non plus la "légalité" du principe fondamental tout de même indirectement consacré par un texte⁶⁷⁰. Il n'est pas sans laisser penser à la première condition

⁶⁶⁵ De même que celle de la continuité d'ailleurs, insuffisante à elle seule ! L'idée n'est pas éloignée de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation concernant le principe qui requiert une entrave réelle à la continuité. Il s'agit d'une notion contrôlable.

⁶⁶⁶ Rem. à sa manière P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 93 et 94, pp. 69 à 71. L'auteur différencie la théorie (jurisprudentielle) de la nécessité de celle du fonctionnaire de fait, en remarquant qu'elles sont toutes les deux fondées sur le principe de la continuité (*add.* p. 195, n° 259). La première s'appliquerait à l'excès de pouvoir (circonstances exceptionnelles et extrême urgence - sans jurisprudence), la seconde à l'investiture irrégulière (l'autre vice de compétence) (carence des autorités régulièrement constituées, impossibilité de les remplacer régulièrement et investiture de fait - notamment sur base de l'arrêt du 11 juin 1953), à l'exclusion de l'usurpation.

⁶⁶⁷ Déjà à propos de "La force majeure", P. WIGNY écrivait en 1946 qu'il est "impossible de constituer un catalogue des cas objectifs de force majeure" (*J.T.*, 1946, p. 379). En l'occurrence, les notions paraissent se juxtaposer (voy. *infra*, n° 491).

⁶⁶⁸ À ne pas confondre avec l'état de nécessité, même si dans ce cas également, la nécessité participe du principe de proportionnalité et s'il s'agit en quelque sorte de couvrir une illégalité commise afin d'éviter un mal plus grand qu'est la carence de l'autorité. Rem. à cet égard P. WÉRY, "L'état de nécessité et l'élimination de la faute aquilienne et de la faute contractuelle", *R.R.D.*, 1986, pp. 105 à 124, et les conditions supplémentaires du danger imminent ou du péril grave non provoqué par sa faute et non conjurable autrement. Le cas de figure est difficile à distinguer not. de la force majeure (p. 107, n° 4) qui semble avoir la préférence en jurisprudence lorsqu'il s'agit de déroger à des obligations (n° 23, pp. 120 et 121). L'auteur est favorable à un principe général de droit à cet endroit (n° 21, p. 119; outre l'urgence en 1993, voy. *infra*, n° 504, note 43). La nécessité en l'espèce est celle de la permanence des autorités. Et le "principe fondamental" dégagé par la Cour de cassation en 1953 est lié à la force majeure et à l'urgence. En droit pénal, voy. F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, pp. 261 à 268 et le principe général de droit pénal distinct de la contrainte qui serait implicitement reconnu par la Cour de cassation dans un arrêt de principe du 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1061; *Rev. dr. pén. crim.*, 1987, p. 856 et note; *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165 et obs. Y. HANNEQUART; *R.C.J.B.*, 1989, p. 588 et note A. DE NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité"; C. HENNAU et J. VERHAEGEN, "Recherche policière et secret médical", *J.T.*, 1988, pp. 165 à 167; M. LEGEIN, "Le secret professionnel du médecin", *Journ. procès*, 4 septembre 1987, p. 14.

⁶⁶⁹ En vertu du droit commun, en doctrine et jurisprudence traditionnelles, on ajoute l'inévitabilité et l'imprévisibilité à l'impossibilité. Ce que semble rejoindre en l'espèce le souci manifesté d'avoir essayé de remédier à la situation par arrêté-loi, malheureusement inefficace pour ce qui concerne la partie du territoire en voie de libération. Il faut préciser que l'inévitabilité et l'imprévisibilité ne sont souvent mentionnées en jurisprudence que lorsqu'elles sont directement discutées.

⁶⁷⁰ Y compris en période d'occupation. Tel est l'objet de la note 2 et 3 sous l'arrêt par laquelle le ministère public prend la peine de mentionner l'arrêté-loi (de circonstance) du 5 septembre 1945 relatif à la régularisation de certains actes accomplis durant l'occupation ennemie. Son article 1^{er} répute émaner du conseil communal, du collège échevinal, du bourgmestre ou d'agents communaux, les actes accomplis durant l'occupation ennemie respectivement par des personnes constituées de fait en conseil communal ou en corps faisant fonction de conseil

de légalité (procéder imparfaitement d'un texte légal) dans le système français de l'exécution d'office⁶⁷¹. L'idée est présente, et relève d'ailleurs du bon sens, que, lorsqu'on est amené à s'écarter du droit, il convient de s'en rapprocher le plus possible⁶⁷². C'est "l'argument d'analogie"⁶⁷³.

484. "L'urgente nécessité". À la réflexion, les principaux critères avancés doivent être organisés. Une lecture attentive permet en effet de déceler l'ordre logique vraisemblablement induit.

Le fondement de l'arrêt est indiscutablement la nécessité, en l'occurrence celle de la permanence des autorités et de leur remplacement sans délai. Elle procède directement de la loi qui prévoit une série de formalités légales pour réaliser le remplacement. La dispense de ces formalités - la dérogation au droit - n'a évidemment pas pour objet d'évincer cette finalité. Mais elle procède surtout de la force majeure. Car, alors seulement, les dispositions à observer sont devenues inexécutables. Les deux parties du premier attendu cité commandent de faire cette différence.

Quant au dernier attendu cité, il paraît prescrire au pouvoir judiciaire une marche à suivre lorsque la question se pose dans les litiges. Il ne lui appartient pas de constater seulement la

communal, par des personnes constituées de fait en collège échevinal ou par des personnes ayant assumé de fait la charge de bourgmestre ou d'agent communal. Suivant le rapport au régent, cette validation avait pour objet de dissiper toute incertitude quant au sort réservé à ces actes, tout en réservant au Roi le pouvoir d'annuler ceux qui sont contraires aux lois ou qui blessent l'intérêt général. Avec cette remarque lourde de sens au regard de l'arrêt : "Sous ces deux réserves, cet arrêté reconnaît ainsi législativement la validité des pouvoirs de fait exercés par les personnes qui, durant l'occupation ennemie, ont assumé, par nécessité, des fonctions communales" (id.).

⁶⁷¹ Comp. de manière imparfaite concernant surtout la validité des arrêtés-lois, parmi les arrêts cités en note 2 et 3 sous l'arrêt de 1953 et dont ce dernier est en quelque sorte la somme, consacrant la théorie de la nécessité dont il eût été préférable de faire directement une application claire et possible : Cass., 11 février 1919, *Pas.*, 1919, I, 9 (surtout par application des principes constitutionnels dont il convient de ne pas s'écarter, un peu comme en l'espèce avec des principes légaux, mais aussi "par la force des circonstances" et en vue de la permanence du fonctionnement du pouvoir législatif, ce qui, selon M. VAUTHIER, aurait dû l'emporter : *R.A.*, 1919, p. 201), et surtout les concl. conf. proc. gén. TERLINDEN (force majeure, (état de) nécessité), ainsi que Cass., 30 décembre 1918, *Pas.*, 1919, I, 47 (dans un intérêt d'ordre public); Cass., 4 juin 1919, *Pas.*, 1919, I, 97 et concl. conf. proc. gén. TERLINDEN (la continuité du fonctionnement du pouvoir législatif); Cass., 13 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 33 (l'empêchement de quelques ministres ne peut entraver la souveraineté nationale). Rem. au demeurant Cass., 7 janvier 1946, *Pas.*, 1946, I, 9 et Cass. (ch. r.), 27 janvier 1950, *Pas.*, 1950, I, 362, concernant l'établissement de centimes additionnels par le bourgmestre seul. En raison de l'impossibilité pour le conseil communal de se réunir par suite de l'interdiction portée par l'autorité ennemie occupant le territoire, certaines attributions dudit conseil ont dû, en cas de nécessité et d'urgence, être exercées par le collège des bourgmestre et échevins. Au second degré, le bourgmestre ne pouvait toutefois pas se substituer au collège dont les deux autres membres étaient de la même manière empêchés, même en cas d'urgence, compte tenu de ce que l'article 107 de l'ancienne loi communale en permettait le remplacement, l'interdiction par l'ennemi de compléter le collège par des membres du conseil n'étant (quant à elle) pas établie. Une autre voie de droit, autrement dit, existait. Sans oublier que l'article 170, § 4 de la Constitution réserve au conseil communal le pouvoir de toute imposition, sauf les exceptions établies par la loi et "dont la nécessité démontrée".

⁶⁷² Rem. C.E., Beernaerts, 1^{er} juillet 1955, *R.A.A.C.E.*, 1955, p. 614, à propos d'une procédure d'avis : lorsque l'administration se trouve dans l'impossibilité de suivre les règles prévues, elle doit s'en rapprocher dans la mesure du possible.

⁶⁷³ A. VANWELKENHUYZEN, "De quelques lacunes en droit constitutionnel belge", in C. PERELMAN (éd.), *op. cit.*, 1968, p. 361. La recherche de la solution la plus conforme à l'économie générale du système : C. HUBERLANT, in C. PERELMAN (éd.), *op. cit.*, 1965, pp. 235 et 236.

carence de toute autorité régulière, mais aussi l'urgence de pourvoir à l'administration des intérêts de la collectivité. L'urgence est de la sorte ajoutée à la force majeure. Elle est directement liée à la nécessité déjà mentionnée.

485. Du "sur-mesure" en matière d'exécution d'office. Avec le recul, la jurisprudence convient parfaitement en matière d'exécution d'office, où elle est encore inexistante⁶⁷⁴.

D'abord, la jurisprudence cadre parfaitement avec les idées d'urgence et de nécessité qui sont à l'origine du système étudié. P. WIGNY, en doctrine belge, relie d'ailleurs les privilèges à la "théorie de la nécessité", fût-ce à travers sa table des matières⁶⁷⁵. Et l'idée de nécessité est récurrente parmi les auteurs qui acceptent l'hypothèse dérogatoire de l'urgence⁶⁷⁶. L'urgence

674 Comp. civ. Nivelles, 4 juin 1941, *Rev. de l'adm.*, 1942, p. 361, concernant l'abattage d'un taureau devenu menaçant pour la sécurité publique, ordonné par une personne installée comme bourgmestre *ad interim* (chargé de l'administration et du ravitaillement de la commune) par un délégué de la députation permanente du conseil provincial, l'espace de huit jours en début d'occupation. Comme indiqué plus haut, note 656, le jugement est généralement présenté comme dégageant déjà les mêmes critères que la Cour de cassation. La formulation et le contexte sont toutefois très différents. La commune appelée en intervention invoquait la méconnaissance de l'article 107 de la loi communale et l'absence de prestation de serment. Le tribunal se fonde sur la loi du 10 mai 1940 relative aux délégations de pouvoirs en temps de guerre - "dérogatoire du droit commun en matière administrative" - pour refuser de "critiquer ou d'invalider, surtout *a posteriori*, les décisions prises au début de l'occupation du territoire par des autorités administratives ou des pouvoirs subordonnés habilités à cette fin par (ladite loi)" (adr). Pour rappel, l'article 5 de cette loi stipule, dans la respect de la délégation progressive des pouvoirs, que "Lorsque par l'effet des opérations militaires, un magistrat ou un fonctionnaire, un corps de magistrats ou de fonctionnaires (...) est privé de toute communication avec l'autorité supérieure dont il dépend, ou si cette autorité a cessé ses fonctions, il exerce dans le cadre de son activité professionnelle et pour les cas d'urgence, toutes les attributions de cette autorité". En ce qui concerne plus précisément les deux griefs, le tribunal considère ainsi qu'il n'est ni allégué ni établi qu'au moment de l'investiture "l'article 107 de la loi communale aurait pu recevoir application, aucun membre du collège échevinal ni du conseil communal n'étant alors présent dans la commune" (absence de direction réelle). Quant au défaut de serment, il évoque le silence de la loi du 10 mai 1940, mais surtout l'urgence et les circonstances ("vu l'urgence et les circonstances") pour en dispenser. En conséquence, "le défendeur au principal doit être considéré comme ayant valablement rempli les fonctions de bourgmestre au temps des faits". En l'espèce, à la différence de l'arrêt de 1953 et au contraire de l'urgence et de la force majeure, il n'y avait pas carence de l'autorité puisqu'il y avait bien investiture et en vertu d'un texte.

675 P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, table des matières, p. 434.

676 Il faut remarquer au passage que l'exemple classique de l'incendie est également fondé sur la nécessité. En doctrine, rem. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160 : "nécessité et urgence"; A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1752 et 1753 : situation ou circonstances exceptionnelles nécessitant impérieusement le recours d'urgence à une mesure de contrainte (une solution urgente) nécessaire; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 324, malgré qu'il réfute l'hypothèse : des cas d'urgence comportant un péril imminent pour l'ordre public, pour la sécurité publique ou la salubrité publique; rem. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 140 : l'urgence et l'absolue nécessité; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, p. 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, p. 8 : l'urgence et la nécessité en l'absence de texte, et comp. I. CLOECKAERT, W. ONDERDONCK, A. VAN MENDEL et S. WYCKAERT, *op. cit.*, 1997, n° 89, p. 35; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 835 : "een uitzonderlijke situatie (...) die hoogdringend is". Certains auteurs ne modalisent toutefois pas l'urgence : A. VRANCKX, *op. cit.*, *Adm. lexicon*, 1961, p. 34, n° 60, 3^e; A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 347; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, p. 309; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 19 (en droit français); P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 22.

est rarement abandonnée à son triste sort. Tel est également le cas en législation dans de nombreuses occurrences⁶⁷⁷, voire en jurisprudence sur base d'une législation apparemment très souple⁶⁷⁸, et même en droit privé⁶⁷⁹.

Ensuite, la carence de l'autorité⁶⁸⁰ peut être directement rapprochée de la carence du pouvoir judiciaire en matière d'exécution d'office. La jurisprudence à transposer est donc très adéquate puisqu'il s'agit de l'exercice d'un pouvoir dans les deux cas. Compte tenu de l'importance du pouvoir concerné, également dans les deux cas, il n'est pas concevable de diminuer les exigences formulées. Pour passer outre l'autorisation préalable du juge, autrement dit, il ne doit pas être matériellement possible d'obtenir cette autorisation avant de procéder à l'exécution d'office.

486. Conséquence pratique. En pratique, la jurisprudence réduit presque à néant l'hypothèse de l'urgence, compte tenu du référé, de la requête unilatérale, voire même du référé d'hôtel, organisés par le Code judiciaire. Il existe presque toujours, dans ces cas, une voie légale à suivre⁶⁸¹, une procédure civile d'exécution suffisamment rapide⁶⁸² et d'ailleurs calibrée. Ne fût-ce que dans l'attente d'une intervention du législateur si une solution structurelle devait être apportée dans une matière spécifique, par exemple en organisant une procédure d'exécution d'office.

On rétorquera sans doute que la justice est lente et que les tribunaux sont encombrés. Voilà bien pourtant deux problèmes structurels qu'il revient au législateur de résoudre⁶⁸³.

677 Rem. l'article 134 de la Nouvelle loi communale, pourtant réputé être un cas d'urgence : en cas d'émeutes, d'attroupements hostiles, d'atteintes graves portées à la paix publique ou d'autres événements imprévus, lorsque le moindre retard pourrait occasionner des dangers ou des dommages pour les habitants. Voilà qui s'apparente clairement à de la force majeure. En matière de réquisition, la nécessité de la réquisition est une notion contrôlable. Voy. civ. Mons (réf.), 3 octobre 1922, *Pas.*, 1923, III, 9 : un arrêté ministériel est nécessaire au sujet de la nécessité de la réquisition.

678 Comp. la jurisprudence du Conseil d'État concernant l'extrême urgence, voire même l'urgence de la suspension. Une série d'accents enserrent la notion, tels le refus de l'urgence trouvant sa source dans le comportement du requérant lui-même, proche de l'impossibilité, l'imprévisibilité voire l'irrésistibilité, selon le cas concret.

679 Voy. *infra*, chapitre 2, n° 504.

680 À noter que la carence de l'autorité conduit à l'investiture de particuliers, éventuellement même par un autre particulier si d'aventure aucune autorité, même militaire, n'était présente.

681 Rem. que, même en présence de sanctions pénales, l'urgence permet toujours de saisir le juge des référés au provisoire, sans préjudice du fond et même lorsque la procédure est organisée en détail comme en matière d'urbanisme : Cass., 21 mai 1987, *Amén.*, 1988, p. 91, la Cour concluant que l'arrêt entrepris justifie légalement sa décision sur ce point, sans vérifier bien sûr la réalité de l'urgence.

682 Comp. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160 et la mention d'aucun autre moyen de coercition suffisamment rapide ne pouvant se trouver à la disposition de l'administration, ce qui ne serait pas le cas si les textes eux-mêmes prévoient une procédure civile d'exécution ... Comp. au demeurant HENRION de PANSEY, *op. cit.*, 1830, p. 201 : "La certitude que ces Cours ne manqueraient jamais de renvoyer aux corps administratifs toutes les affaires qui seraient de leur compétence, atténuerait ces inconvénients, mais ne les détruirait pas : resterait toujours celui résultant de la lenteur des formes judiciaires; de manière qu'il arriverait presque toujours que le moment d'agir utilement serait déjà loin, lorsque la liberté d'agir serait rendue à l'administration".

683 Il ne faut en effet pas déplacer les responsabilités du législateur vers le pouvoir judiciaire, en ce qui concerne l'insuffisance des moyens. L'anormalité vient le plus souvent de la loi. Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*,

L'encombrement des tribunaux et l'arriéré judiciaire ne peuvent évidemment pas conduire à dispenser de l'intervention du juge, même si la tentation est grande de se laisser convaincre par l'argument. Certes, il est indéniable qu'une justice minée par son arriéré encourage le règne du fait. Mais de là à justifier ce dernier, il y a un pas à ne pas franchir. L'invocation de la responsabilité de l'État en cas de préjudice subi du fait de la lenteur judiciaire paraît plus adéquate pour forcer un remède.

On peut d'ailleurs se demander si l'État - le gouvernement fédéral, en ne s'attaquant pas au problème⁶⁸⁴ - ne crée pas lui-même l'éventuelle situation d'urgence qui pourrait en résulter pour lui ? Le cas échéant, l'urgence créée ne pourrait pas lui profiter directement. Si elle devait profiter à une autre autorité, par contre, il faudrait rester logique avec soi-même⁶⁸⁵ et reconnaître aux particuliers le bénéfice identique d'une situation difficile⁶⁸⁶.

487. Le souci de proportionnalité. Cela dit, lorsque le législateur a estimé nécessaire d'organiser le privilège en faveur d'une autorité administrative, force est de constater que ce n'est pas tellement pour gagner du temps, puisqu'une autre voie légale permet d'aller aussi vite

T. II, 1964, p. 60 : "À mettre en haut ce qui est en bas, l'on peut n'organiser, comme le relevait Montesquieu, qu'un parfait désordre. Il faut, aussi bien, se garder de la tentation de sacrifier aux réalités certaines vues de l'esprit".

⁶⁸⁴ Par exemple en ne déposant ou en ne portant aucun projet de loi susceptible de résoudre le problème, c'est-à-dire en n'en faisant pas l'une de ses priorités. Dans l'évaluation des responsabilités sur ce point, il faut tenir compte du partage des pouvoirs et des compétences.

⁶⁸⁵ Comp. J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, pp. 97 et 98. L'auteur contestait (déjà) en 1857 l'argument dogmatique selon lequel le contrôle judiciaire de l'action administrative aurait pour conséquence que l'autorité administrative devrait renoncer à accomplir sa mission, qu'elle cesserait d'être un pouvoir, que l'administration deviendrait impossible ou dépendante, que sans cesse arrêtée par des résistances, elle deviendrait impossible; que forcée de se soumettre au juge institué pour prononcer entre elle et les citoyens, elle n'aurait point la liberté qui est l'essence du pouvoir constitutionnel et surtout du pouvoir responsable. "Soit; mais peut-on, ainsi qu'on le fait, composer avec des considérations de ce genre ? - Vous voulez éviter à l'administration l'embarras des lenteurs que la procédure entraîne; commencez donc par lui livrer le jugement souverain des réclamations qui se prévalent des lois d'intérêt privé, car, pour une opposition invoquant une loi d'intérêt général, l'administration en rencontrera cent qui lui reprocheront la violation de lois d'intérêt privé. Vous prétendez que l'administration n'est plus un pouvoir quand elle a un juge indépendant d'elle; comment alors pouvez-vous admettre que les cours et tribunaux apprécient la légalité de ses actes dans leurs rapports avec les lois d'intérêt privé ? S'il est vrai qu'une institution revêtue d'un pouvoir ne puisse être préjudiciable, c'est là un principe qui ne souffre aucune exception". La logique, ici, n'est pas différente. Pour l'auteur, "il faut renoncer à trouver dans la notion de l'indépendance administrative la raison d'une différence à faire, pour la compétence, entre les contestations, selon que la loi décisive a pour objet l'intérêt général ou qu'elle a sa cause dans l'intérêt privé".

⁶⁸⁶ Voy. note sous Liège, 22 novembre 1991 et Cass., 20 janvier 1994, *op. cit.*, *Droit communal*, 1994, p. 243 : "la justice doit être la même pour tous, administré comme administration. Le particulier ne se trouve-t-il pas face au même sentiment d'impuissance lorsqu'il doit recourir à la justice dans le cadre de ses relations privées ?" Contrairement à ce que l'on a pu croire, il ne s'agit pas d'un plaidoyer entièrement dédié à l'administré pour lequel il aurait été pris fait et cause. La lenteur judiciaire est en effet préjudiciable aux deux parties, à toutes les parties. Car lorsque l'administration doit faire face au comportement illégal d'un particulier sans bénéficier d'un pouvoir d'action d'office ou privilégié à l'endroit du préalable, c'est à elle qu'il revient de saisir le juge. Pire encore dans sa situation, elle ne peut pas saisir le Conseil d'État d'une requête en extrême urgence, puisqu'elle seule peut adopter un acte administratif dont l'existence conditionne la compétence du Conseil d'État. Sauf évidemment lorsqu'une autre administration a posé un acte qui lui est préjudiciable. En toute hypothèse, l'accès au Conseil d'État en extrême urgence ou en suspension est assorti de telles conditions que seul le préjudice grave et difficilement réparable pourra être évité d'urgence. Mais n'est-il pas de l'essence de tout préjudice de ne jamais être entièrement réparable ? À noter encore que derrière l'administré se cache souvent l'administration.

dans la plupart des circonstances⁶⁸⁷. Il s'agit plutôt d'éviter l'embarras de procédures dans des circonstances déterminées, voire même surtout un certain nombre de dépenses qui, cumulées, sont loin d'être négligeables.

Lorsque les droits et les libertés sont en jeu, cependant, l'économie ne peut pas justifier n'importe quel expédient. La question qu'il convient de se poser, autrement dit, est de savoir si, concrètement, en termes d'opportunité, la continuité du service public est véritablement en jeu. En droit belge, il revient au législateur de se la poser et de s'en expliquer.

En jurisprudence non plus, il ne faut pas oublier le principe général de proportionnalité en cas d'urgence nécessaire ou de force majeure. Le problème n'était pas soulevé en l'espèce, si bien que la Cour de cassation ne l'a pas abordé, encore que l'arrêt permet seulement de pourvoir provisoirement à la défaillance des autorités. Le principe est universel, en droits privé et administratif, en matières pécuniaire et non pécuniaire, en matière d'exécution sur base de quelque titre exécutoire que ce soit. Sa conséquence n'est pas seulement la mesure du nécessaire⁶⁸⁸, mais aussi l'occasion à donner de s'exécuter "volontairement"⁶⁸⁹.

Plus généralement, il faut encore se réjouir au moment de prédire une jurisprudence aussi exceptionnelle et précautionneuse dans une matière où les excès sont particulièrement à craindre, compte tenu de sa connexion directe avec les droits fondamentaux et les libertés publiques⁶⁹⁰. Elle ne choque au demeurant pas, comparée aux conditions particulièrement drastiques posées au recours en suspension de l'exécution d'un acte administratif devant le Conseil d'État⁶⁹¹.

Accepter une trop grande dérogation au droit écrit en jurisprudence paraît contraire à l'État de droit⁶⁹², comme l'est l'arriéré judiciaire devenu structurel dans une société pourtant

⁶⁸⁷ La procédure administrative est en effet souvent ponctuée d'une série de formalités qui peuvent s'avérer plus lourdes que celles liées au recours au juge en cas d'urgence. Comp. cependant le souci d'efficacité ou le besoin d'accélération de l'action de la puissance publique, affiché not. par C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 et 139, en particulier note 12 et *op. cit.*, 1968, p. 250, note 2.

⁶⁸⁸ La mesure du nécessaire est liée à l'espace et au temps (l'importance de la mesure en général). Mais on retrouve l'idée jusque dans la prévisibilité, l'impossibilité et l'inévitabilité. Le principe est tentaculaire.

⁶⁸⁹ Ce que vise également l'intervention du juge, au demeurant.

⁶⁹⁰ Rem. A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, S., 1947, 3, 42 : l'administration a "une tendance toute naturelle à alléguer à tout propos l'urgence qui lui permet de brûler les étapes et d'éviter les lenteurs et les incertitudes d'une procédure judiciaire". Cette tendance naturelle est en réalité celle de ses préposés. Or, en situation d'urgence, le préposé est porté à perdre une partie de ses moyens, et donc à mettre en péril, le cas échéant, les droits ou les libertés concernées. D'où l'intérêt de confier l'action administrative, dans ce cas, à des autorités indépendantes, préparées et responsabilisées. Il convient à nouveau de remédier aux lacunes éventuelles à ce triple égard, au lieu d'en tirer parti pour prôner un privilège de fait.

⁶⁹¹ À savoir l'urgence, le caractère sérieux de l'illégalité excipée, et l'existence ou le risque d'un préjudice grave et difficilement réparable. Il n'est pas invraisemblable que le même critère se retrouve en législation pour conditionner des décisions administratives particulièrement graves, dans le respect du principe de proportionnalité. Comp. S.L.C.E., avis sur un avant-projet d'ordonnance relative à la répression des infractions en matière d'environnement, 3 novembre 1998, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1998-1999, n° A-312/1, p. 33. À noter que le préjudice grave et difficilement réparable est susceptible de fonder l'urgence devant le juge judiciaire en référé, mais il n'est pas requis comme tel.

⁶⁹² Par comparaison avec l'inflation législative et réglementaire. Voy. dans ce sens J. RIVERO, "L'État moderne peut-il être encore un État de droit ?", *Ann. fac. dr. Liège*, 1957, pp. 65 à 101.

profondément juridique⁶⁹³. Tel est en quelque sorte "le comble" du droit positif aujourd'hui, auquel s'ajoute celui d'être tenté de remédier à cette situation "légale" autrement que par la loi⁶⁹⁴, lorsque le système ne permet plus l'efficacité du droit.

488. L'absence d'un principe général de l'urgence en matière administrative. Il reste alors à vérifier l'absence d'un principe général de l'urgence en matière administrative. Il faut constater à cet égard le faible rôle joué par l'urgence en droit administratif belge. Ce qui explique aussi pourquoi il y est moins étudié qu'en France⁶⁹⁵, malgré les efforts parfois fournis en théorie pour y voir un principe général de droit public⁶⁹⁶.

La portée limitée de sa "fonction dérogatoire"⁶⁹⁷ en pure jurisprudence, c'est-à-dire en l'absence de textes précis la prévoyant, est à ce point limitée en droit belge que, parmi les deux auteurs à s'être plus particulièrement attachés à la question en général, seule A. VANDER STICHELE a cru utile de mentionner en tout et pour tout un seul exemple de l'action administrative réalisée "vu l'urgence, au mépris de la règle de droit, sans y avoir été autorisée préalablement par la loi" et par "consécration jurisprudentielle", emportant selon elle moins de certitude, à savoir la compétence d'un gouvernement démissionnaire à traiter des affaires urgentes⁶⁹⁸. G. BOLAND, quant à lui, ne cite aucune application purement jurisprudentielle de l'urgence⁶⁹⁹.

Et effectivement, en jurisprudence, l'urgence n'intervient que rarement à défaut d'un texte et, le cas échéant, dans le cadre d'autres théories ou notions d'origine jurisprudentielle⁷⁰⁰. Même en

législation, par ailleurs, le rôle de l'urgence peut être modalisé selon sa formulation plus générale ou plus stricte, selon les cas, qui peut aller de la "simple" urgence (partiellement) dispensatoire de la consultation de la section de législation du Conseil d'État à celle fondant les pouvoirs du bourgmestre au terme de l'article 134 de la Nouvelle loi communale, de telle manière qu'il est d'ailleurs difficile d'unifier le concept selon les matières⁷⁰¹.

"En somme, c'est une notion étroite, mais d'application large, une notion restrictive d'application extensive", comme l'écrivait R.-G. SCHWARTZENBERG⁷⁰². Une dérogation jurisprudentielle à géométrie variable.

489. La dangereuse élasticité de l'urgence. L'élasticité de l'urgence ne plaide pas en sa faveur en matière d'exécution d'office. Elle risque d'être beaucoup trop permissive⁷⁰³. Même l'absence de sanctions, à la limite, pourrait être apparentée à des circonstances exceptionnelles, voire urgentes. De telle manière que son encadrement par des critères précis et pertinents doit être encouragé, que ce soit en jurisprudence (la Cour de cassation a montré la voie), en législation (le législateur doit y être attentif) ou en doctrine (la responsabilité des auteurs est réelle à cet égard).

L'urgence en jurisprudence implique la reconnaissance d'une sorte de pouvoir "autonome" dans le chef du pouvoir exécutif⁷⁰⁴. Il importe en conséquence de bien le baliser.

Cela dit, la valeur dérogatoire de l'urgence ne saurait pas être purement abstraite. Elle renvoie nécessairement à un objet dispensé, dont il serait présomptueux de penser qu'il n'est pas susceptible d'en influencer le contenu. Il est de la sorte indispensable que les exigences soient fortes en matière d'exécution d'office, puisqu'il s'agit d'accepter un énorme risque, celui d'une exécution forcée sans le contrôle préalable d'un juge.

693 J.-P. HENRY, "Vers la fin de l'État de droit ?", *R.D.P.*, 1977, pp. 1207 à 1235.

694 Rem. à cet égard J. SOHIER, "La continuité du service public face aux règles coercitives sur l'emploi des langues : les tribunaux bruxellois dans l'antre de Kafka", *J.T.*, 2000, pp. 243 à 247, sp. n° 5, p. 245 et note 16 (sans passer par la Cour d'arbitrage), l'auteur arguant (plutôt) d'un état de nécessité (!).

695 A. VANDER STICHELE, *La notion d'urgence en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 5.

696 Rem. F. DELPÉRÉE, préface à A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, 1986, p. 3 et l'urgence induite des textes mais aussi distincte d'eux, dont il faut mesurer si elle est une bonne ou une mauvaise excuse. Rem. au demeurant l'idée parfois véhiculée selon laquelle l'urgence trouverait son fondement dans la Constitution elle-même, comme un attribut naturel du pouvoir exécutif. Voy. H. BUCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1970, p. 740; comp. H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 835, mais à défaut de toute autre autorité; comp. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1754 (col. 1753 : plutôt selon la nature des circonstances).

697 A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, 1986, p. 7, ou encore son "effet dérogatoire". *Add.* p. 134 et le caractère nécessairement particulier de l'urgence qui ne saurait pas constituer la règle.

698 Dont confirmation *ibidem*, p. 135, mais pourtant sans constat dans ce sens, au contraire même p. 136, sous influence française : l'urgence serait susceptible de provoquer une dérogation à n'importe quelle règle juridique de droit administratif. Rem. p. 136, note 3 et l'observation selon laquelle les applications sont beaucoup plus développées et nombreuses en France où le Conseil d'État considère que les autorités administratives doivent, en certaines circonstances, bénéficier de différents pouvoirs qu'aucun texte ne leur reconnaît. Mais une nouvelle fois, l'assimilation est implicite dans ce qui suit : à lui seul, l'examen de cette théorie requiert un exposé fort développé qui ne peut trouver place dans les limites de cette étude ... étant de la sorte sous-entendu que le même phénomène existerait en droit belge ! À noter au demeurant que l'exemple des affaires urgentes va plutôt dans le sens de la protection du citoyen ...

699 G. BOLAND, "La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique", in *Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 175 à 190.

700 En amont de l'exécution forcée, l'urgence permet ainsi de déroger à la règle jurisprudentielle de l'audition préalable à l'adoption d'une mesure grave de police, imposée au nom du principe de bonne administration. Voy.

M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 163ter, p. 387 et les notes; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 123, pp. 130 et 131. Voy. en jurisprudence (limitée aux privilèges) en matière d'immeubles insalubres, préalablement aux arrêtés de déclaration d'insalubrité et d'inhabitabilité et ordonnant l'évacuation : C.E., Huybrechts, n° 15.581, 27 novembre 1972, *R.A.C.E.*, 1972, p. 896 (avec toutefois une sorte de présomption d'urgence de ce genre de mesure); C.E., Lobijn, 30 janvier 1974, n° 16.217, *R.A.C.E.*, 1974, p. 90, *ad.* ("à moins que cette maison ne soit manifestement une cause de danger immédiat pour la salubrité ou la sécurité publiques et qu'il soit indispensable que l'arrêté produise immédiatement ses effets") (concernant l'absence de notification); C.E., Van Bergen, n° 19.281, 22 novembre 1978, *R.A.C.E.*, 1978, p. 1.198.

701 Dans ce sens : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, 1986, en général.

702 R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 130.

703 Rem. à propos du caractère variable et imprécis de l'urgence, sp. M. FRÉJAVILLE, *obs.* sous T.C., Netter et Arnoux, *J.C.P.*, 1948, II, 4.298 pour qui, du fait de la résistance judiciaire à appliquer les sanctions pénales d'une loi antérieure et de l'interprétation large de l'urgence, la pratique des réquisitions va se trouver dominée "moins par des règles juridiques certaines que par des considérations de nécessité, d'opportunité ou même d'équité". C'est oublier que la loi elle-même procède inévitablement du langage et recourt à des notions comparables dont l'interprétation incombe aux juges en toute hypothèse. Il est toutefois préférable que les critères d'appréciation soient étudiés et arrêtés par le législateur et qu'il n'hésite pas à intervenir, lorsque la jurisprudence s'écarte de la politique qu'il compte mener, pour en rectifier le sens ou la portée. Le législateur doit en effet choisir les accents à porter dans les considérations idéologiques ou politiques inévitables dans l'opération de juger. Y compris pour modifier, au besoin, une conception tronquée.

704 Comp. M. LEFÉBURE, *op. cit.*, 1961, pp. 47, 180 et 181.

Il faut aussi avoir égard aux possibilités offertes par le droit positif en termes d'accès au juge, car comment prétendre dispenser de recourir au juge au motif de l'urgence lorsque le temps nécessaire pour obtenir une ordonnance est de quelques heures à peine ? Seule l'urgence caractérisée est éventuellement tolérable, et encore selon le péril encouru (dans le respect du principe de proportionnalité)⁷⁰⁵ ainsi qu'en tenant compte du comportement de l'administration (l'autorité qui invoque l'urgence ne peut pas être à son origine)⁷⁰⁶.

Avec le recul, le rôle du juge civil en droit administratif belge est donc une nouvelle fois déterminant en ce qui concerne l'urgence, de par les possibilités d'action qu'il offre comparé à celles du juge pénal ou du juge administratif.

490. Le spectre du principe général pour les besoins de la cause en doctrine. En toute hypothèse, il convient d'être extrêmement prudent face à la tendance parfois trop rapide de conclure à l'existence d'un principe général de droit "pour les besoins de la cause"⁷⁰⁷.

Le problème est crucial dans la perspective des privilèges, car on touche à l'éventuelle faculté pour le juge d'en investir les administrations à défaut d'une loi (et cela même si le privilège vise précisément la dispense de recourir à ce même juge⁷⁰⁸). Le propre du principe général étant d'induire une certaine généralité, on imagine le pire si le privilège devait faire l'objet d'un principe général.

Déjà comme cela, la notion même de privilège et sa formulation en doctrine induisent une sorte de principe général, universel, voire même absolu (une théorie générale doctrinale et ... jurisprudentielle). En témoignent notamment l'utilisation fréquente des guillemets pour s'y référer, de manière souvent péremptoire⁷⁰⁹; le remplacement rencontré de l'expression

705 A. VANDER STICHELE identifie le péril, la menace d'un préjudice grave, comme un élément constitutif de l'urgence (*op. cit.*, 1986, p. 139), de même d'ailleurs que la prévisibilité, et surtout la nécessité d'une situation temporaire et momentanée (p. 136).

706 À l'inverse, l'absence de réaction de l'administré ne fait pas disparaître l'imminence d'un risque certes non aggravé depuis son constat, mais susceptible de se réaliser à tout moment et requérant intervention. Comp. C.E. (extr.urg.), Gilson et crts, n° 58.443, 1^{er} mars 1996, *Droit communal*, 1997, p. 106, concernant le risque d'incendie pour la sécurité publique.

707 Comp. J. JAUMOTTE, in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, pp. 593 à 697 : l'auteur met au jour plusieurs tendances dans ce sens. Il convient selon lui d'éviter la multiplication des principes généraux par souci de sécurité et de cohérence (rem. pp. 694 et 695, n° 49 et 50). Rem. à cet égard, pour les besoins de la cause administrative : M.-A. FLAMME, "Un principe général de droit administratif : l'interdiction des voies d'exécution forcée à l'égard des personnes publiques" (obs.), *R.A.*, 1966, n° 1, p. 126. L'auteur réfère aux "principes généraux obligatoires pour le juge" consacrant l'autonomie du droit administratif.

708 Il faut espérer, autrement dit, que les juges rechigneront à tolérer qu'on les contourne facilement en se dispensant de leur intervention. Comp. P. MARTENS, in *Liber amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, *op. cit.*, 1997, pp. 295 et 296 et les "exclusions du prétoire" sanctionnées par la Cour d'arbitrage.

709 Comp. S.L.C.E., avis sur un avant-projet d'ordonnance bruxelloise relative au réaménagement des sites d'activité économique inexploités ou abandonnés, 7 décembre 1992, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1992-1993, n° A-275/1, p. 59 (ainsi que l'exposé des motifs, pp. 7 et 22) : le législateur peut prévoir que l'autorité administrative puisse, (dans le cadre de) "conformément à son privilège d'exécution d'office", prendre d'emblée et sans autorisation judiciaire préalable les mesures dont s'agit (une police concurrente à celle du bourgmestre concernant la démolition des immeubles menaçant ruine). Étonnante formulation. Et comble du paradoxe, l'avant-projet prévoyait l'intervention du juge des référés en vue d'accorder l'autorisation d'effectuer les travaux nécessaires, ce

"privilège ..." par celle de "principe ..." ⁷¹⁰; de même que le lien prononcé des privilèges au principe général de la continuité du service public, laissant supposer une nature identique en ce qui concerne les privilèges⁷¹¹.

Or, précisément, un écho dans ce sens a pu être distingué en doctrine administrative à l'endroit des privilèges⁷¹². Fort heureusement, leur "ancienne" formulation est principalement concernée, liée à l'absence de caractère suspensif des recours⁷¹³, qui n'emporte donc l'attribution d'aucun pouvoir⁷¹⁴.

qui était auparavant prohibé aux régions en vertu du partage des compétences, même au titre de pouvoirs implicites (comp. depuis S.L.C.E., 3 novembre 1998, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1998-1999, n° A-312/1, p. 36, les pouvoirs implicites pouvant depuis lors concerner des matières réservées) ... Pour le reste, seul le législateur fédéral peut attribuer des compétences nouvelles au président du tribunal de première instance statuant en référé, conformément à l'article 146 de la Constitution (l'organisation judiciaire). De même : S.L.C.E., avis n° L.20.268/9 sur un projet de décret modifiant le décret du C.R.W. du 5 juillet 1985 relatif aux déchets, 18 février 1991, *doc. parl.*, s.o. 1990-1991, n° 248/1, p. 12 et des pouvoirs reconnus (par la loi) "en vertu des privilèges du préalable et de l'exécution d'office" que la loi voulait pourtant supprimer "pour en revenir au droit commun" (ainsi que l'exposé des motifs, p. 4, cette fois "se fondant sur le privilège du préalable et de l'action d'office", ou encore le rapport, p. 3 (et p. 9), où le ministre fait état de ce que "le Conseil d'État rappelle que l'administration dispose de toute façon d'un privilège du préalable et de l'exécution d'office qui lui permet d'imposer les mesures urgentes nécessaires à prévenir tout danger de pollution" (!)). À noter que sous l'angle de l'application du droit commun, l'existence d'une obligation administrative suffit à autoriser le recours au juge dans le respect des règles civiles et judiciaires, et parfois administratives.

710 Voy. par exemple C.T. Liège, 22 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 332, obs.

711 Rem. sp. av. gén. F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578. Les textes consacraient les privilèges, et non l'inverse. De même, le droit reconnu par l'arrêt de contester les frais de l'exécution d'office procéderait des privilèges qui "ne privent pas, en principe, les intéressés du droit de contester la légalité de la mesure prise par l'administration" (idr), alors que la Cour interprète clairement le texte appliqué.

712 Comp. l'argumentation des demandeurs, non relayée comme telle par la Cour, même si elle reconnaît un pouvoir d'appréciation dans le chef de l'administration sans passer préalablement par le juge, mais directement en vertu de la loi, in Cass., 7 décembre 1998, *Justel* et extraits ici non pertinents en obs. sous C.T. Liège, 22 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 340 et 341, se prévalant du "privilège de l'action et de l'exécution d'office, mais aussi le privilège de la décision exécutoire, appelé généralement le privilège du préalable, qui constituent des principes généraux du droit administratif" (adr), même en l'absence de tout texte légal, et qui dérivent du principe général unanimement admis de la continuité du service public. L'argumentation est partagée par les concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ, in *Bull.*, 1998, 1184 : le "privilège du préalable par application du principe général du droit de la continuité du service public" et justifiant la cassation, alors qu'il suffisait d'appliquer la loi.

713 Rem. néanmoins en législation l'exposé des motifs du projet d'ordonnance organique de la planification et de l'urbanisme, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1990-1991, n° A-108/1, pp. 13 et 14 et l'introduction d'une "procédure d'exécution (de remise en état des lieux) d'office" à l'expiration du délai de validité d'un permis, procédure "basée sur un principe général de droit" (!) et permettant à l'administration d'obtenir satisfaction sans devoir attendre la fin d'un procès dont la longueur peut bénéficier au contrevenant (maintien de panneaux publicitaires, exploitation d'un parking à l'air libre). *Add.* en doctrine A. KOHL, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Liège*, 1975, n° 120, pp. 531 et 532, et l'inapplication dogmatique des règles judiciaires à la procédure administrative compte tenu de "procédures visant à obtenir l'annulation d'un acte administratif pourvu du privilège du préalable et de l'exécution d'office", au lieu d'appliquer l'article 2 du Code judiciaire.

714 Comp. C.T. Mons, 3 mars 1989, *Justel* (sommaire) : le privilège du préalable (le droit d'exécution nonobstant recours) n'est pas de nature à confier des droits qui iraient au-delà de ce que la loi a reconnu !

jurisprudence jusque-là constante mais discriminatoire du Conseil d'État et de la Cour de cassation, privant l'exproprié de recours au Conseil d'État avant la phase judiciaire, mais procédant au contraire d'une adhésion à l'opinion commune du moment ou d'un jugement résigné sur les chances de la faire évoluer (pas de force majeure). Rem. l'appréciation limitée au droit, au contentieux de la cassation, le Conseil d'État vérifiant seulement que la force majeure a concrètement été appréciée par la juridiction administrative (l'appréciation n'est donc pas vraiment celle du C.E.), à charge comme à décharge, le Conseil imposant néanmoins le principe de la force majeure dans le silence de la loi : sp. C.E., Swiggers, n° 6.548, 5 septembre 1958, R.A.A.C.E., 1958, p. 689 (voyage et maladie, non insurmontables); C.E., Doguet, n° 6.556, 19 septembre 1958, R.A.A.C.E., 1959, p. 700 (refus censuré d'envisager la force majeure à défaut d'une loi); C.E., Comm. conj. Biron-Van Passel, n° 7.161, 19 juin 1959, R.A.A.C.E., 1959, p. 476 (négligence du mandataire, non); C.E., Debeaumont, n° 7.175, 25 juin 1959, R.A.A.C.E., 1959, p. 487 (moyen soulevé d'office de la force majeure imputable au retard de l'administration); C.E., Robert et Demeuse, n° 6.973, 18 mars 1959, R.A.A.C.E., 1959, p. 245 (maladie, appel reçu sans motivation suffisante); C.E., Creischer et crts, n° 7.265, 8 octobre 1959, R.A.A.C.E., 1959, p. 585 (négligence du mandataire, appel reçu sans motivation suffisante); C.E., Peeters, n° 7.451, 30 novembre 1959, R.A.A.C.E., 1959, p. 768 (congé expirant avant l'écoulement complet du délai, non); C.E., Bruggeman et Hallemans, n° 7.615, 15 février 1960, R.A.A.C.E., 1960, p. 139 (maladie, appel reçu sans motivation suffisante); C.E., Geers, n° 8.558, 25 avril 1961, R.A.A.C.E., 1961, p. 378 (maladie et absence, non); C.E., Balseau, n° 9.330, 19 avril 1962, R.A.A.C.E., 1962, p. 351 (introduction d'un recours en temps utile par voie hiérarchique et tardivement par lettre recommandée, oui, mais note de l'auditorat désapprouvant le recours implicite à la force majeure); C.E., Troger, n° 9.469, 22 juin 1962, R.A.A.C.E., 1962, p. 558 (maladie et grèves, non); C.E., Maurissen, n° 10.289, 26 novembre 1963, R.A.A.C.E., 1963, p. 841 (maladie, non); C.E., Aerts, n° 13.500, 17 avril 1969, R.A.A.C.E., 1969, p. 402 (maladie, appel reçu sans motivation suffisante). Add. pour absence de motivation en fait ou motifs insuffisants : C.E., Huyghe, Willem, Bousson, Crèveœur, Denis, Bogaerts, n° 3.610 à 3.615, 14 juillet 1954, R.A.A.C.E., 1954, p. 741; C.E., Mattielli, 13 septembre 1954, n° 3.666, R.A.A.C.E., 1954, p. 795; C.E., Charlier et Van den Bergh, n° 4.230, 22 avril 1955, R.A.A.C.E., 1955, p. 370; C.E., Audeval et Levêque, n° 4.554 et 4.555, 12 août 1955, R.A.A.C.E., 1955, pp. 745 et 746 (non); C.E., Vandenwayenberg, n° 4.563, 27 septembre 1955, R.A.A.C.E., 1955, p. 755; C.E., Leclère, Van Hauwaert, Batens, Van Eesbeik, Bytebier, Piessens, Vingerhoets, Gabriel, n° 4.769 à 4.776, 24 décembre 1955, R.A.A.C.E., 1955, p. 987; C.E., Kraft, n° 4.881, 13 janvier 1956, R.A.A.C.E., 1956, p. 28 (non).

Comp. l'impossibilité dispensatoire de satisfaire aux conditions légales : C.E., François, n° 115, 26 août 1949, R.A.A.C.E., 1949, p. 163, *a contrario*, pas d'impossibilité absolue et matérielle, par suite de circonstances extérieures et indépendantes de sa volonté, de reconstituer la chambre de recours requise pour formalité substantielle; C.E., Bellefroid, n° 550, 7 novembre 1950, R.A.A.C.E., 1950, p. 471, *idem a contrario* concernant la notification d'une peine disciplinaire; C.E., Vandergucht, n° 1.763, 17 juillet 1952, R.A.A.C.E., 1952, p. 783, *idem* (arrêt "Bellefroid") *a contrario*; C.E., Montjoie, 1^{er} février 1961, n° 8.404, R.A.A.C.E., 1961, p. 125, *a contrario*, une autre voie existant; C.E., Grisar, n° 137, 24 octobre 1949, R.A.A.C.E., 1949, p. 190, l'empêchement insurmontable de recourir à l'adjudication publique d'un droit de chasse du fait de l'interdiction par l'ennemi de chasser et de porter des armes; C.E., Gavroy, n° 3.571, 8 juillet 1954, R.A.A.C.E., 1954, p. 689, l'absence d'une formalité substantielle qu'il est matériellement impossible de respecter n'entache pas d'excès de pouvoir un acte administratif, en l'occurrence l'établissement de signalements en 1952 pour les années 1938 à 1940 en respectant complètement les formes, couvert par une nouvelle procédure assortie des garanties matériellement possibles à accorder; C.E., Potikian, n° 5.793, 31 juillet 1957, R.A.A.C.E., 1957, p. 512, laissant entendre que la force majeure est une cause générale d'exonération, en l'espèce d'un délai fixe pour le dépôt de timbres fiscaux; C.E., Molle, n° 7.344, 27 octobre 1959, R.A.A.C.E., 1959, p. 650 ainsi que C.E., Vandendries, n° 7.888, 24 mai 1960, R.A.A.C.E., 1960, p. 485 et l'impossibilité juridique de respecter la formalité substantielle de proposition d'avancement de grade par le conseil de direction, tous les membres dudit conseil réunissant les conditions statutaires requises, étant candidats ou intéressés; C.E., Segers, n° 10.586, 5 mai 1964, R.A.A.C.E., 1964, p. 392, *a contrario*, six ans s'étant écoulés depuis la nouvelle loi sans qu'un arrêté royal n'organise comme garantie une procédure d'avis obligatoire pour la nomination de professeurs; C.E., sprl Imbo, n° 15.413, 4 juillet 1972, R.A.A.C.E., 1972, p. 566, pas de force majeure permettant de ne pas entendre la requérante sur le fond, comme le requiert la loi, avant de refuser sa demande de permis de construire, et ce en l'absence d'impossibilité résultant plutôt de malentendus dont la cause semble devoir se chercher au sein même de l'administration; C.E., Regniers, n° 23.455, 26 juillet 1983, R.A.A.C.E., 1983, p. 1.578, R.W., 1984-1985, col. 1450 et note W. LAMBRECHTS, *a contrario* le retard de l'autorité à décider la suspension préventive, imputable à sa propre négligence, ne saurait pas justifier l'omission d'entendre

Tel est également le cas en droit privé⁷²².

Compte tenu de l'importance de la "formalité" concernée par le privilège, il n'est pas étonnant que les exigences soient maintenues, voire même qu'elles aient été renforcées, au lieu de se satisfaire de l'urgence⁷²³.

492. Un principe général de la force majeure en droit public. Les contraintes de "la fonction absolutoire d'illégalité" de la force majeure en droit public ont été rappelées à deux occasions, plus récemment.

La Cour d'arbitrage, d'abord, a plusieurs fois consacré le "principe général de droit selon lequel la rigueur de la loi peut être tempérée en cas de force majeure ou d'erreur invincible"⁷²⁴ sans

l'agent; C.E., Piroux, n° 29.137, 13 janvier 1988, R.A.C.E., 1988, sp (les arrêts n° 29.138 à 29.154 étant identiques), *a contrario* et la fausse impossibilité de nommer à titre définitif un agent en fin de stage conformément à son propre statut, cela du "fait du prince", le législateur ayant imposé l'assainissement budgétaire, alors que la commune pouvait mettre l'agent en disponibilité après l'avoir nommé et avoir supprimé son emploi; rem. C.E., Wautier, n° 10.185, 4 octobre 1963, R.A.A.C.E., 1963, p. 672 et l'irrélevance de difficultés insurmontables déjà dénoncées dans l'application d'un arrêté à des agents de la première catégorie dès lors que la disposition n'a pas été abrogée (il existait, autrement dit, une autre voie ... !), ainsi que C.E., Naaykens, n° 10.926, 14 décembre 1964, R.A.A.C.E., 1964, p. 936 et "l'affirmation selon laquelle la fixation préalable d'un cadre des emplois du service extérieur est chose impossible, à la supposer fondée, pourrait mettre en doute l'efficacité et l'utilité des règles établies par les dispositions dont le requérant se prévaut, mais n'en laisse pas moins subsister ces règles avec la portée qu'il convient (...) d'y attacher". Rem. et comp. avec le droit français civ. Mons (réf.), 3 octobre 1922, *Pas.*, 1923, I, 9, concernant une réquisition communale (l'occupation d'un immeuble par une famille introduite de force), réalisée sous l'empire de la nécessité, mais sans arrêté ministériel préalable pris au sujet de la nécessité comme requis par la loi (voie de fait pour inobservation d'une formalité préalable essentielle).

722 La force majeure y a une fonction exonératoire, surtout en matière de responsabilité, comme d'ailleurs en droit pénal. Rem. Cass., 23 février 1967, *Pas.*, 1967, I, 782 : en matière d'exécution (de conventions), la force majeure suppose un obstacle insurmontable rendant l'exécution absolument impossible, et non seulement plus difficile ou plus onéreuse. Comp. Cass., 14 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, 131, en matière pénale.

723 La nécessité (de la continuité) semble en effet varier selon les circonstances. Sa réalité doit être vérifiée *in concreto*. Il convient d'éviter au maximum les clauses de style. Rem. Cass., 9 décembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 409 : la nécessité de la permanence justifiant le principe général de la continuité du service public n'existe pas seulement en cas d'urgence (pourtant la note 1 sous l'arrêt réfère notamment à l'arrêt du 11 juin 1953, mais aussi à d'autres ne requérant pas l'urgence implicitement). Rapp. A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 67, p. 70 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 80, n° 72 : la jurisprudence se montrerait tolérante dans l'appréciation de la force majeure (absence, empêchement et urgence) en matière de continuation d'une fonction, ce qui laisse aussi supposer qu'il ne faut pas l'être dans toutes les matières ... Cela dit, il paraît critiquable de recourir au principe général de la continuité du service public en droit administratif pour brader les conditions strictes dont les théories jurisprudentielles dérogatoires de droit commun sont assorties. Ceci sous réserve d'une constance vraisemblablement inexistante en droit privé (comp. P. WIGNY, *op. cit.*, J.T., 1946, pp. 377 à 379).

724 C.A. (Q.P.), n° 88/98, 15 juillet 1998, B. 5. Selon la Cour, compte tenu de ce principe auquel la loi contrôlée n'a pas dérogé, la présomption de désistement d'instance attachée au défaut d'introduire une demande de poursuite de la procédure devant le Conseil, dans un délai de trente jours à la suite du rejet d'une demande de suspension, n'est pas manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. En cas de force majeure, autrement dit, le délai est susceptible d'être prorogé. Add. C.A. (Q.P.), n° 67/95, 28 septembre 1995, B.4.; C.A. (Q.P.), n° 32/95, 4 avril 1995, B.5.3. Des "circonstances exceptionnelles" sont aussi parfois invoquées, mais combinées avec le principe de la continuité du service public. Voy. *supra*, les références citées n° 78 à la note 342.

jamais mentionner l'urgence. Les effets d'une mesure critiquée devant elle doivent par conséquent être appréciés en tenant compte de ce principe.

Le Conseil d'État, ensuite, a rendu en 1993 un arrêt qui pourrait être considéré comme étant de principe si l'on en croit l'invitation faite par son auditeur, P. GILLIAUX⁷²⁵. Selon la Haute juridiction administrative, en effet, "saisi d'un recours en annulation d'un acte administratif, le Conseil d'État ne peut écarter l'application des normes législatives ou réglementaires pour le seul motif qu'elle conduirait à des difficultés préjudiciaires à l'intérêt général"⁷²⁶.

Même si, en règle, les décisions de justice ne détaillent pas les conditions communes posées à l'existence d'un cas de force majeure, en s'arrêtant au constat global ou à la condition défaillante, selon le cas, voire en ne mentionnant pas explicitement la force majeure comme telle, force est donc de rappeler que ces conditions sont bel et bien requises pour déroger à la loi, y compris en matière administrative. Pour éviter de perdre de vue cette exigence, il paraît souhaitable de ne pas déguiser la force majeure sous un principe général de la continuité du service public aux contours souvent trop flous⁷²⁷. Même le lien entre eux, à la limite, est de nature à en fausser l'appréhension.

⁷²⁵ P. GILLIAUX, *op. cit.*, A.P.T., 1994, p. 61 : "Je vous invite ici à faire preuve d'une réelle sévérité parce qu'en droit public, et spécialement au contentieux de l'excès de pouvoir, la cause exonératoire met directement en jeu les fondements mêmes de l'État de droit et parce que si une norme suscite véritablement des difficultés insurmontables, l'autorité puise en temps normal dans la "loi du changement" le pouvoir de la modifier en respectant les formes prescrites à cet effet". L'auditeur fait ainsi état des critères de la force majeure en droit commun. "Faire preuve d'une souplesse trop grande en laissant complaisamment le pouvoir passer outre la loi au nom d'impératifs d'efficacité l'affranchirait des contraintes juridiques qui pèsent sur lui afin de le réduire au rang de simple compétence" (p. 58) et entraînerait la suppression de toute légalité. Bref, si ce n'est l'arrêt qui est de principe, c'est donc l'avis qui l'a précédé.

⁷²⁶ C.E., Dufour, n° 44.967, 23 novembre 1993, A.P.T., 1994, p. 57, avis P. GILLIAUX. En l'espèce, l'application stricte du C.W.A.T.U.P. n'était pas impossible, mais elle aurait retardé de manière considérable et fâcheuse la réalisation des travaux d'aménagement de la place Saint-Lambert à Liège, reprise par un arrêté ministériel dans une zone protégée et requérant ainsi, au terme de l'article 310 dudit code, un plan particulier d'aménagement préalable. La partie adverse invoquait l'impossibilité totale et matérielle d'appliquer la loi et de réaliser à ce stade un plan particulier d'aménagement en raison de circonstances exceptionnelles. À noter que l'auditeur et le Conseil d'État ont souligné l'existence d'une autre voie permettant de respecter la loi, d'ailleurs utilisée quelques mois avant l'arrêt : le retrait du périmètre de la zone protégée par arrêté ministériel.

⁷²⁷ L'avis de l'auditeur P. GILLIAUX, de même d'ailleurs que les précis des auteurs précités, permettent de se rendre compte à quel point l'amalgame est favorisé par l'explication donnée en droit administratif, au moyen unique du principe général de la continuité du service public, à des théories dérogatoires pourtant existantes en droit commun, et dont les conditions ont de cette manière parfois tendance à être amenuisées. P. GILLIAUX, en particulier, énumère (en sus de dispositions dérogatoires expresses) une série de théories mises au point par la jurisprudence ou la pratique constitutionnelle et administrative pour combler les lacunes laissées par le législateur afin "de parer aux risques de paralysie des institutions" (p. 58, les "causes exonératoires admises en droit public"). Il finit néanmoins par les rassembler sous la notion de force majeure, car les trois caractéristiques pour que soient légitimés des actes accomplis en méconnaissance de dispositions législatives ou réglementaires organiques, sous le couvert de circonstances exceptionnelles, correspondent *mutatis mutandis*, selon lui, aux caractéristiques habituellement requises en droit civil (p. 60). On y retrouve la théorie du fonctionnaire de fait (pourant liée à la théorie de l'apparence en droit civil), la question des arrêtés-lois, la théorie des pouvoirs spéciaux, ou encore des cas de "force majeure" déjà mentionnés plus haut. Le souci de l'auteur est sensiblement de rendre plus cohérentes des conditions strictes permettant de déroger au droit dans certaines circonstances.

Or, les conditions de la force majeure sont décisives en ce qui concerne l'exécution d'office au sens strict. Elles confirment en effet son exclusion en droit belge dans la mesure où elle procéderait, dans le cas contraire, d'une imperfection légale à laquelle il incombe au législateur de remédier et qui résulte, d'une certaine manière, de son propre fait⁷²⁸.

493. L'importance de la continuité du pouvoir judiciaire. Finalement, il est un dernier argument décisif pour écarter définitivement l'exécution d'office en cas de simple urgence ou sous le bénéfice de la continuité du service public administratif. C'est l'argument de la continuité du pouvoir judiciaire qui trouve son fondement dans l'article 187 de la Constitution. Selon cet article, la Constitution ne peut pas être suspendue en tout ou en partie, pas même sous le couvert de circonstances exceptionnelles, si ce n'est celles expressément prévues par d'autres dispositions constitutionnelles⁷²⁹.

Or, même à recourir à un raisonnement par analogie sur base des circonstances exceptionnelles prévues par la Constitution, seule la théorie de la force majeure - et non l'urgence ou la continuité du service public - est de nature à permettre une dérogation à l'exercice des pouvoirs et à la hiérarchie des normes qui procèdent directement de la Constitution.

Le raisonnement peut paraître paradoxal dans la mesure où le fondement constitutionnel du principe général de la continuité du service public est parfois trouvé dans la même disposition⁷³⁰. Or, précisément, ce principe, comme on le sait, est parfois invoqué en jurisprudence administrative pour dispenser des exigences du droit commun en dehors d'un cas de force majeure⁷³¹. Le fondement constitutionnel du principe est toutefois très théorique en présence d'une disposition si peu explicite du point de vue textuel⁷³². Par contre, si l'on considère que la sujétion administrative au droit commun est une exigence constitutionnelle, le libellé de l'article 187 de la Constitution exclut cette fois clairement le recours exclusif à un tel principe pour suspendre l'application du droit commun en vertu de cette exigence.

⁷²⁸ La question est réservée lorsque l'action d'un niveau de pouvoir, voire d'un pouvoir distinct au sein de l'appareil étatique, est mise en cause. Une jurisprudence comparable existe en matière de publication au Moniteur lorsqu'elle est tardive du fait des services fédéraux compétents. *Add.* la motivation de l'avis de P. GILLIAUX *in op. cit.*, A.P.T., 1994, pp. 60 et 61 : certaines circonstances invoquées ne sont pas étrangères aux diverses administrations de la partie adverse ou paraissent moins objectives que politiques !

⁷²⁹ L'énoncé se limite à "La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie".

⁷³⁰ Rem. E. VAN HOODYDONK, *op. cit.*, T.B.P., 1992, pp. 75 à 88. À la suite de J. GLUSSELS, l'auteur voit dans l'article 130 (187) de la Constitution le fondement ("général") de la permanence de l'État qui comprend, en droit administratif, celui de la continuité du service public, généralement considéré comme étant doctrinal et jurisprudentiel. À noter qu'un tel fondement aurait pour effet de conférer au principe une valeur constitutionnelle (p. 88, n° 37 : une norme constitutionnelle, ni plus ni moins, à combiner avec le principe de légalité).

⁷³¹ La question est en réalité plus complexe parce que le principe de la continuité est également invoqué en législation pour expliquer des textes spécifiques.

⁷³² Ne faudrait-il pas y remédier ? Une disposition constitutionnelle explicite reste en effet la "voie royale" (si l'on peut se permettre l'expression) pour remédier aux divergences d'interprétation.

Avec le recul, en tout cas, seule la force majeure peut autoriser l'exécution d'office à défaut d'un texte légal, indépendamment même du principe de la sujétion et toujours en vertu de l'article 187 de la Constitution.

En effet, le principe général de la continuité du service public n'est qu'une application du principe fondamental de la nécessité de la non-interruption et de la permanence des autorités constituées⁷³³. Or, le pouvoir judiciaire figure parmi les autorités constituées au même titre que le pouvoir exécutif et ses administrations. Il s'agit au demeurant d'un "service public".

Ceci est d'une importance capitale, car le privilège du préalable (tel qu'on l'a défini) ne met pas seulement en scène l'action administrative, mais également celle du pouvoir judiciaire dont la continuité s'impose tout autant. Par conséquent, seule la carence du pouvoir judiciaire est en mesure de permettre la dispense de l'autorisation judiciaire préalable à l'exécution forcée. Il s'agit en effet d'une attribution fondamentale du pouvoir judiciaire, directement liée aux droits subjectifs. À défaut, c'est la continuité du système constitutionnel dans son ensemble qui se trouverait altérée⁷³⁴.

Fondamentalement, l'objectif du principe général de la continuité est en effet de permettre au système de fonctionner y compris en cas de crise, c'est-à-dire de carence d'une des institutions. Mais il n'est pas de permettre une dérogation au système par "complaisance" ou "facilité". Au contraire, l'article 187 de la Constitution visait à l'origine à tirer les leçons du passé et à éviter les coups de force, en particulier de la part de l'exécutif⁷³⁵... D'où la logique de retenir les critères avancés par l'arrêt du 11 juin 1953 en matière d'exécution d'office et qui ont le mérite, par ailleurs, d'être identiques en droit privé !

494. Le mirage de la continuité du service public. Dans la droite ligne du premier chapitre du titre I et pour finir, il est difficile de ne pas souligner le caractère vague, confus et imprécis du principe général de la continuité du service public. Il a conduit la doctrine à ne l'aborder que par applications, au-delà de la tautologie selon laquelle l'action du service public ne peut pas être interrompue⁷³⁶. Il conduit aujourd'hui à souhaiter son rattachement au droit commun⁷³⁷.

⁷³³ C'est à ce principe fondamental que la Cour de cassation fait directement référence dans son arrêt du 11 juin 1953, tout en utilisant des catégories du droit commun liées à la nécessité et au principe de proportionnalité.

⁷³⁴ Comp. avec le principe général et constitutionnel de la séparation des pouvoirs, apparenté d'une certaine manière au principe de la continuité, mais mettant plus en valeur son bénéfice également en faveur du pouvoir judiciaire et aussi du pouvoir législatif (qui, en l'occurrence, a organisé les procédures en référé !). Il est invoqué pour dénier au pouvoir judiciaire le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un acte administratif (sauf contrôle marginal), in Cass., 10 juin 1996, *Bull.*, 1996, 611, concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ; *R.C.J.B.*, 1997, p. 447, concl. et note D. LAGASSE, "Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale" (rem. p. 463 concernant les limites séparant le pouvoir de juger du pouvoir d'administrer : le principe "interdit au juge de modifier la règle de droit qu'il doit appliquer" (!); *A.J.T.*, 1996-1997, p. 468, note J. PUT, "De verhouding bestuur - rechter inzake administratieve sancties"; *J.T.T.*, 1996, p. 400, note; *J.T.*, 1997, p. 197, concl.; *R.W.*, 1997-1998, p. 13; *Chr. dr. soc.*, 1997, p. 377.

⁷³⁵ E. VAN HOYDONK, *op. cit.*, *T.B.P.*, 1992, sp. p. 81, n° 16 et 17.

⁷³⁶ Comp. S. STILNS et H. VUYE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1999, p. 631, n° 15 et n° 26, pp. 639 et 640. Ses contours et ses critères varient selon les matières. Comp. Cass., 9 décembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 409, expl., déjà mentionné : la nécessité de la poursuite et de la permanence sans interruption des services publics n'existe(ra)it

Avec le recul, il semble d'ailleurs que l'évocation du principe soit souvent superflue, dans la mesure où il voile l'application pure et simple des catégories du droit commun, comme pour simuler l'autonomie, mais plutôt par tradition⁷³⁸. Tel est le cas, on vient de le voir, en ce qui concerne la force majeure, notamment dans l'arrêt commenté.

Pourtant, le droit commun, appliqué en matière administrative, présente la souplesse nécessaire pour prendre en compte les spécificités administratives. Il pourrait suffire amplement dans cette tâche. Le constat ne se limite pas à la force majeure ou à l'urgente nécessité.

Le droit commun permet en effet d'intégrer certaines préoccupations administratives d'ordre politique qui ne sont pas à proprement parler des "idées de technique juridique"⁷³⁹ et qui, à travers les catégories du droit commun, trouvent un moyen d'expression adéquat. Le principe même de l'adaptation légère du droit privé aux matières administratives en droit belge semble trouver, selon ce mode, une légitimité plus adéquate et moins artificielle. Car comment justifier sinon, sur le plan théorique, l'application concrète du droit commun en avançant des notions administratives ? Ne commet-on pas ainsi une sorte de "faux en théorie", surtout lorsque la continuité du service public n'est pas réellement en jeu, ce qui est tout de même généralement le cas avec les privilèges⁷⁴⁰ ?

Au fur et à mesure que l'idée s'impose selon laquelle la continuité ne peut pas se présumer⁷⁴¹, il semble d'ailleurs que le droit commun trouve un champ d'application grandissant. Comme si l'on prenait progressivement conscience qu'il faut expliquer les choses différemment.

pas seulement en cas d'urgence (la jurisprudence citée en note 1 sous l'arrêt n'est pas explicite). Il faut ajouter qu'en jurisprudence, le principe est soumis à la "loi du changement", comme en témoigne l'exécution forcée sur les biens de l'État. Elle apparaît de la sorte comme une manière évolutive de brader les catégories du droit commun. Mais si la notion devait donner lieu à un contrôle strict et effectif, comme suggéré fréquemment, elle conduirait souvent à des solutions avantageuses pour le particulier. Rem. ainsi l'expression de D. DELVAUX et P. COENRAETS, "Le privilège de l'immunité d'exécution : le colosse aux pieds d'argile ou le dogme trahi par son fondement", *J.L.M.B.*, 1999, p. 676. Comp. P. GÉRARD, in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, n° 7, p. 386 : la continuité de l'action de l'administration est avancée pour justifier le peu de formalisme dont le Conseil d'État fait preuve à l'égard de l'intérêt à agir et de la rédaction des actes de procédure, afin d'éviter que la légalité d'un acte administratif puisse être indéfiniment contestée (pour la sécurité juridique)...

⁷³⁷ Comp. pourtant *contra*, en droit français, G. VEDEL, *op. cit.*, *E.D.C.E.*, 1954, n° 34, pp. 38 et 39 (les bases constitutionnelles du droit administratif pour qui il serait scabreux d'expliquer l'extension des pouvoirs de l'administration en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles par le simple état de nécessité du droit civil "dont la transposition au droit risque d'être imparfaite et d'ouvrir tout simplement la voie aux pires justifications de la raison d'État. En revanche, l'idée que le pouvoir exécutif est investi d'une mission constitutionnelle impliquant le maintien de l'ordre et un minimum de fonctionnement des services publics est plus juste, moins vague et, partant, moins dangereuse. Elle implique le contrôle du juge puisqu'elle ne revient pas, comme la théorie de l'état de nécessité, à affirmer que, dans certaines circonstances, le droit perd son empire". Mais le fondement de la continuité est artificiellement trouvé dans la mission d'exécution des lois qui peut requérir le sacrifice d'une loi puisqu'il procède directement de la Constitution. C'est en réalité à cet endroit que se trouve la boîte de Pandore.

⁷³⁸ Cons. la jurisprudence relatée par P. MAROY, *op. cit.*, 1961. Il est manifeste que la continuité est souvent invoquée en lieu et place de catégories du droit commun.

⁷³⁹ G. JÈZE, *op. cit.* 3^e éd., T. I, 1925, p. 23.

⁷⁴⁰ Pour prendre un exemple incontestable puisqu'il est tiré de la législation : la continuité du service public est-elle réellement en péril en présence d'un immeuble menaçant ruine en terrain privé ?

⁷⁴¹ Comp. B. JADOT, *op. cit.*, *A.P.T.*, 1982, p. 246, n° 8 : il est souvent avancé que le caractère de nécessité et d'urgence se présume car l'action administrative a pour fin l'intérêt général, en l'occurrence en ce qui

495. Application en ce qui concerne les privilèges. La tendance prend des proportions étonnantes avec les privilèges en matière administrative. Ils sont présentés en doctrine - et donc aussi en juris- et en légisprudence - comme procédant directement du principe général. En même temps, ils donnent l'illusion d'en constituer eux-mêmes, de manière autosuffisante.

Pourtant, on a clairement l'intuition que le droit commun de l'exécution permet de rendre compte du droit administratif positif, dans une large mesure, et qu'il n'est pas nécessaire de recourir à l'artifice du principe général de droit administratif⁷⁴², qu'il s'agisse de la continuité ou du privilège, pour faire état, le plus souvent, d'une législation particulière. Au contraire, même, le principe ou le privilège induit en erreur, le cas échéant, par la généralité qu'il suppose.

Avec le recul, il est au demeurant indéniable que la continuité en tant que telle ne suffit pas à justifier à elle seule une différence généralisée entre les droits privé et administratif. En l'occurrence, ce n'est manifestement pas elle qui permet de dispenser de la "formalité" de l'autorisation du juge lorsque l'urgence est réelle et que l'administration agit visiblement dans la légalité. Au sens strict, la continuité encourage au contraire à ne tolérer l'exécution d'office (en l'absence d'un texte formel) qu'en cas d' "urgente nécessité"⁷⁴³. Car "Pourquoi recourir aux moyens exceptionnels et violents, lorsque l'on a sous la main des moyens réguliers qui procurent le même résultat ?"⁷⁴⁴

Le chapitre suivant est consacré à vérifier l'intuition d'une intégration possible et cohérente des principes de l'exécution administrative dans le droit commun de l'exécution. Pour le droit administratif belge, il s'agit d'un "nouveau" système.

concerne le caractère suspensif du recours au Conseil d'État qui aboutirait tôt ou tard à la paralysie ou au chaos. Pour P. TAPIE et M. LEROY, *op. cit.*, J.T., 1982, p. 226, cependant, le sursis à exécution n'a pas nécessairement des conséquences néfastes ou désastreuses pour le bon fonctionnement de la puissance publique. Il s'en est suivi l'organisation d'un contentieux de la suspension devant le Conseil d'État. Rem. depuis Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, 200 : la continuité est destinée uniquement à satisfaire des besoins collectifs d'intérêt général; Cass., 23 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, 827 et concl. proc. gén. LIEKENDAEL, alors av. gén.; *Arr. Cass.*, 1990-91, 943; *R.W.*, 1991-1992, p. 463; *Rev. not. b.*, 1991, p. 604; J.T., 1992, p. 267 (comme 21 mai 1991); *R.C.J.B.*, 1992, p. 179, et note J. HANSENNE; *J.L.M.B.*, 1991, p. 1029 et obs. P. HENRY, "Travaux publics et troubles de voisinage : deux poids, deux mesures" : il n'existe aucun principe général de droit consacrant la prééminence de l'intérêt général sur l'intérêt particulier (dont il peut être soutenu qu'il s'agit d'une application du principe de proportionnalité). La continuité est devenue une notion contrôlable.

⁷⁴² Dont la souplesse si souvent prétendue n'est absolument pas rencontrée en l'espèce, au contraire même, à en croire la doctrine classique. Il est parfois plus facile de changer de politique ou de majorité, que de mentalité.

⁷⁴³ La prérogative "emprunte alors aux circonstances une énergie extraordinaire" : J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I., 1859, p. 218, note 1.

⁷⁴⁴ J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I., 1859, p. 307, mais à propos de l'élévation des conflits. L'auteur cite BÉRANGER (*Sur la justice criminelle*) selon lequel "Le mode le plus simple est d'avoir, pour toutes les matières judiciaires, civiles et administratives, la même justice, les mêmes tribunaux, les mêmes magistrats, la même manière de procéder" (suite de la note 1, p. 308).

Chapitre 2

Les éléments d'un "nouveau" système

"C'est la loi des révolutions; il faut les mener à leur terme, faute de quoi on en vient à les regretter."

G. VEDEL¹

496. Plan. Le chapitre est important car il est l'aboutissement de toutes les étapes précédentes. L'objectif est désormais de reconstruire les privilèges à partir d'une relecture fondée sur le droit commun. "Le droit administratif ne se construit que mieux en dehors de l'idée de puissance publique"².

Le raisonnement comporte trois étapes.

Il s'agit, dans un premier temps, de montrer combien, contrairement aux idées répandues, le droit administratif est en réalité proche du droit commun (section 1), non seulement dans son principe (I), mais aussi dans ses hypothèses et dans les conditions posées à l'exécution d'office par la jurisprudence administrative française (II).

Mieux encore en droit belge : l'application pure et simple (mais conciliante) du droit commun en matière d'exécution administrative ne pose pas de problèmes particuliers, car ils sont tous les deux pratiquement compatibles. C'est précisément ce qu'il s'agit d'évaluer dans un deuxième temps (section 2).

Dans un troisième temps, il importe de tirer les conséquences de l'intégration de l'exécution administrative dans le droit commun de l'exécution (section 3). Sur le plan conceptuel, d'abord, il s'agit de resituer les privilèges dans ce cadre et d'en proposer au besoin une formulation plus adéquate, par rapport à l'hypothèse énoncée à la fin du titre précédent. L'enjeu du droit commun en matière d'exécution administrative n'est toutefois pas uniquement conceptuel (I). Il en résulte surtout une cohérence *a priori* étonnante, qui permet notamment de résoudre une série de difficultés apparues dans un système autonome (II).

¹ G. VEDEL, note sous divers arrêts judiciaires en matière de réquisition pour logement, *J.C.P.*, 1948, II, 4.224, XIV.

² R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 41, en ce qui concerne l'action unilatérale. En "justifiant la production de l'effet de droit par l'action du droit objectif, on peut expliquer l'activité juridique unilatérale avec l'égalité des volontés et sans recourir à l'idée d'une volonté supérieure ayant un pouvoir de commandement".

Section 1. Un système proche du droit commun

"(...) dissocier les disciplines juridiques est à les appauvrir et susciter des constructions qui ne sont point, sans artifice, soustraites aux principes du droit commun."

C. CAMBIER³

I. Le principe

497. Un principe commun. Un minimum d'observation conduit à faire le rapprochement entre le caractère exceptionnel du privilège (le principe de l'exécution forcée judiciaire) et l'obligation faite en droit commun d'obtenir l'autorisation préalable du juge pour exercer une contrainte sur son débiteur. La raison en est fort simple : la définition du privilège, même tronquée par le privilège de juridiction, suppose une comparaison minimale avec le droit commun. Aussi l'adage selon lequel "Nul ne peut se faire justice à soi-même" est-il rapidement apparu dans les précis de droit administratif, mais au départ pour assurer le clivage entre les deux disciplines⁴.

Au fur et à mesure que le principe est devenu l'exception, cependant, d'abord en jurisprudence et ensuite en doctrine, l'adage a logiquement été maintenu, mais cette fois pour être appliqué à

³ C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 360. Comp. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, J.D.F., 1989, n° 20, p. 31 : "Le droit (...) ne se laisse pas diviser en cellules qui seraient indépendantes, jouiraient chacune d'une autonomie et obéiraient à des principes particuliers et spécifiques". Rem. L. WODON, *op. cit.*, 1920, pp. 201 et 202, en ce qui concerne la responsabilité des administrations publiques : "Le droit public n'est (...) point essentiellement distinct du droit privé. La distinction n'a qu'une valeur technique, très relative; elle n'est même pas toujours facile à faire; elle est sans signification quant au fond des choses. Aussi bien, la thèse de l'omnipotence étant condamnée, l'obstacle que l'on y voyait à l'application du droit civil dans les rapports entre les autorités et les particuliers s'écroule-t-elle à son tour, et rien ne s'oppose plus à l'élaboration d'une théorie juridique qui consacre, dans les termes du droit commun, (...) l'exécution forcée administrative."

⁴ Autrement dit pour souligner l'existence d'un privilège. L'habitude a persisté jusqu'à aujourd'hui. M. HAURIOU, en premier, "est en effet parti d'une idée *a priori* selon laquelle l'administration "peut se faire justice jusqu'au bout", ce pouvoir allant jusqu'à la réalisation matérielle de son droit, au besoin par la force" (M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 85; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 2)). L'adage est donc renversé. Voy. M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 353, note 1; M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, pp. 231 et 232 : l'administration "se fait justice elle-même jusqu'au bout". Dans la même ligne, en droit français : L. CAVARÈ, *op. cit.*, 1920, p. 3; R. ALIBERT, *op. cit.*, 1926, p. 13; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 9); C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 762, n° 26 et n° 38, p. 769; comp. R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 118 et 119; A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 179; C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 60, n° 48. En droit belge : A. BUTTGENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 344; C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250, note 1 (la justice privée) et *expl. op. cit.*, T. I, 1974, p. 134; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220, p. 307; J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 83, p. 126; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475, note 2061. *Add. av. gén.* F. DUMON, note 1 à 3 sous *Cass.*, 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578.

l'action administrative⁵. Le moyen était en quelque sorte tout trouvé pour limiter cette fois le privilège⁶. Fondamentalement, toutefois, il n'y a rien d'exceptionnel à ce rapprochement. Pour construire le droit administratif, le juge administratif français s'est abondamment inspiré des idées générales sous-tendant le droit civil, en les combinant avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics, en y dérogeant donc par la même occasion⁷. Le résultat en est qu'en dehors des dérogations, le principe est commun aux deux disciplines.

498. Un principe de droit administratif. Pourtant, l'idée persiste en doctrine qu'il s'agirait d'un principe de droit public, par fidélité au caractère autonome du droit administratif.

Certes, une série d'auteurs évoquent expressément l'application pure et simple du même principe à l'administration⁸. Telle devrait être la règle en droit belge, conformément à la sujétion de principe.

⁵ L'expression "se faire justice à soi-même" est expressément utilisée dans les conclusions du commissaire du gouvernement M. ROMIEU préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, *S.*, 1904, 3, 17, ici 22.

⁶ En plus de R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, de manière générale, on peut citer O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 349; P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, pp. 65 et 66; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 830, p. 353; R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOUILLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 104. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750; H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 832 et note 232; J. VELAERS, *op. cit.*, 1999, p. 118, 13 G 12, à travers la jurisprudence, dont sp. S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 14, *expr.*

⁷ Soit une voie moyenne entre les défenses (de la tradition) et les détracteurs (de la légalité) du privilège administratif : un droit "mixte" (G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 15, p. 24), un "compromis jurisprudentiel" (R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 122). Rem. ainsi C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 830, p. 353, à propos de la soumission de l'emploi de la contrainte à l'autorisation préalable du juge : "Il en va ainsi dans les relations entre individus où le système de la justice privée a été depuis longtemps répudié. Avec plus de retard, et de difficulté, le juge administratif a réussi à transposer ces principes dans le commerce juridique administratif". Il s'agit donc des mêmes principes, mais seulement transposés, ce qui préserve leur caractère administratif. Ainsi évoque-t-il un "principe général de l'exécution juridictionnelle des décisions administratives" (n° 831, p. 354). *Add.* P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, p. 66 et n° 41, p. 70 : l'auteur voit dans la restriction du privilège postérieure à la seconde guerre mondiale "une tendance à assimiler les techniques du droit administratif", considérées comme dangereuses, aux techniques de droit privé, plus protectrices des libertés individuelles; à tel point que le principe de droit non écrit (toute exécution forcée doit être précédée d'un recours préalable au juge) pourrait revêtir "une certaine valeur constitutionnelle", mais difficilement soutenable dans l'état actuel du droit français (note 22, n° 41, p. 70), compte tenu des nombreuses dérogations au droit commun (n° 42, p. 71); A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *S.*, 1947, 3, 42 (mais 41), précédé par R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 99 : "un droit commun administratif qui comporte le recours préalable de l'administration au juge et un droit exceptionnel qui l'en dispense". P. PACTET a bien saisi et formulé la nuance ambiguë du système : M. ROMIEU, après avoir exposé et soutenu le principe de la procédure judiciaire de réalisation des droits d'une manière qui lui a valu l'approbation de BERTHÉLEMY, a pu conclure en faveur du rejet d'une requête dirigée contre une mesure d'exécution forcée de l'administration et remporter de cette façon les suffrages d'HAURIOU (*op. cit.*, 1952, n° 42, p. 71).

⁸ En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750 (point de vue politique); H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 812, p. 832 et note 232, faisant judicieusement état d'une jurisprudence judiciaire française dans ce sens en matière d'actions possessoires, à la suite d'un trouble subit à une possession paisible : *Cass. fr.*, 6 avril, 1960 (deux arrêts), *Bull. Cour Civ.*, 1960, I, n° 204 et 205; *D.*, 1960, p. 457; *Gaz. Pal.*, 1960, 2, 36; *Cass. fr.*, 9 octobre 1974, *D.*, 1974, I.R., p. 241; *Cass. fr.*, 11 juillet 1984, *Bull. Cour Civ.*, 1984, I, n° 227; *D.*, 1984, I.R., p. 423; *Gaz. Pal.*, 1985, I, panor. p. 18. Comp. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. V, 1838, "Contentieux", p. 406 et T. VII, 1846, "Exécution", p. 164. De nombreux

L'opinion n'est toutefois pas partagée par tous les auteurs. À commencer par le commissaire ROMIEU qui insiste clairement sur la *nature publique* à la fois de la règle du recours au juge et des conditions réglant l'exécution par la voie administrative⁹, sans feindre la moindre comparaison avec le droit commun¹⁰.

À sa suite, la doctrine française n'a de cesse soit de reproduire par extraits la doctrine de ROMIEU, soit de répéter inlassablement que l'interdiction de se faire justice à soi-même serait un principe de droit public¹¹. Ce que confirme implicitement la jurisprudence administrative, en

auteurs et juges arrivent à ce résultat de manière implicite. Rapp. en droit français J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op. cit., 1977, pp. 368 et 369. Rem. O. DUPOND, op. cit., R.D.P., 1925, p. 349 (mais pp. 347, 348 et 411) : les principes fondamentaux du droit moderne et le principe universel selon lequel nul ne peut se faire justice à soi-même; A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, S., 1947, 3, 41 (mais 42) : "La règle que nul ne se fait justice à soi-même est faite pour les administrations comme pour les particuliers (...)" Rem. encore en jurisprudence belge J.P. Saint-Gilles, 29 décembre 1988, J.J.P., 1989, p. 141 : "l'État ne se trouve pas au-dessus des lois et (...) jurisprudence : il ne peut, sous prétexte de séparation des pouvoirs, commettre impunément des voies de fait; (...) si l'État s'estime lésé par un refus de restituer des lieux, il doit recourir aux tribunaux de l'ordre judiciaire comme tout citoyen d'un État de droit" au lieu de déposséder sans un délai suffisant un détenteur à titre précaire, certes sans résistance physique de sa part, mais par la menace de procéder au changement des serrures des portes donnant accès au parking litigieux; civ. Nivelles (réf.), 1^{er} octobre 1991, J.T., 1992, p. 44 (impl. : sans une habilitation légale, recourir au juge naturel de la contestation).

⁹ Voy. *supra*, n° 327, dans ses conclusions précédant l'arrêt "Immobilière de Saint-Just". Add. CELIER, concl. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, D., 1947, 131; J.C.P., 1947, 2, 3.377 et obs. M.F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et S., 1947, 3, 41 et note A. MESTRE) : "le principe général (...) constitue l'une des bases de notre droit public". Rem. déjà AUCOC, concl. préc. C.E., Ogier, 11 janvier 1866, *Rec.*, p. 7, ici p. 8, D., 1866, 3, 81, ici 82 : "le droit de se faire provisoirement justice" concernant le comblement d'une carrière ouverte trop près de la limite d'un chemin vicinal, sans autre précision quant à l'adage.

¹⁰ Au contraire même, dans sa note concernant l'arrêt, c'est M. HAURIOU qui a étendu le débat sur le caractère administratif des scellés, sévèrement distingués des scellés judiciaires de la compétence exclusive du juge de paix.

¹¹ J. CRUET, op. cit., 1906, p. 209; A. MESTRE, note sous C.E. Mathian, S., 1947, 3, 42 : le recours au juge fait partie du "droit administratif commun"; M. FRÉJAVILLE, obs. sous T.C., Dumont, 12 mai 1949, J.C.P., 1949, II, 4.908, impl. : l'autorisation du juge conformément aux principes généraux du droit dérogeant au principe de la séparation des pouvoirs de par le caractère judiciaire de la matière liée à la violation du domicile; M. ROUSSET, op. cit., 1960, pp. 96 à 98 et le principe tout aussi fondamental de l'exécution forcée chaque fois que l'exécution judiciaire n'est pas possible; F.-P. BENOIT, op. cit., 2^e éd., 1968, p. 553, n° 963 (impl., car tiré du droit positif); J.-M. MARCHAND, "Procédés du droit administratif", *Juriclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 4, n° 9 : un principe dégagé par la jurisprudence administrative; J. MOREAU, op. cit., 1989, n° 157, p. 220 : la règle en droit positif (il n'est question nulle part de droit privé); G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, op. cit., 12^e éd., T. I, 1992, p. 324 : un principe posé par ROMIEU. Comp. O. DUPOND, op. cit., R.D.P., 1925, pp. 347, 348 et 411 (mais p. 349) : le principe général selon lequel l'exécution des lois est une affaire de justice et non affaire administrative, dès qu'elle n'est pas volontaire, dès qu'elle devient contentieuse" (p. 348); la règle de la séparation des fonctions commande de ne pas être à la fois juge et partie (p. 349). Rem. C. EISENMANN, op. cit., T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 760, n° 22 (et n° 27, p. 762 : une "règle (de principe) jurisprudentielle") : des règles de droit administratif commun jurisprudentiel et non législatif, selon la doctrine dominante (mais surtout à propos du principe général de l'exécution d'office présenté comme étant classique en droit administratif; et donc implicitement concernant le principe inverse finalement établi) : "Et d'ailleurs, cela correspond parfaitement à l'idée des promoteurs de la conception. Il est conforme à la nature des choses que l'administration dispose de ces pouvoirs ou prérogatives - en tout cas, l'administration française, telle que la fait et veut la faire le droit administratif français; elles correspondent à la conception française du droit administratif, à l'idée du "régime administratif", et à celle d'un pouvoir exécutif "autonome" et se suffisant à lui-même, capable d'une action complète à lui seul, - "autarcique" ". N° 23, p. 760 : ces vues ne tiennent aucun compte du droit privé, de sa théorie des obligations (en ce qui concerne les obligations personnelles). Et n° 28, p. 763 : "un

omettant le plus souvent d'évoquer même l'adage, ce qui n'est pas toujours le cas des conclusions des commissaires du gouvernement.

Lorsque des auteurs s'éloignent de cette ligne de conduite, c'est pour essayer d'expliquer *par du droit administratif* le principe de l'absence d'exécution forcée systématique, par pure conviction de spécificité. Ainsi, pour J.-M. de FORGES, le "principe selon lequel l'administration ne peut pas exécuter ses décisions par la force" s'explique par le danger pour les libertés individuelles¹². À la réflexion, l'idée n'est pas dénuée d'intérêt. Elle conforte la sujétion au droit commun. Telle qu'elle est formulée, cependant, elle ne s'écarte pas de la ligne imposée par la tradition.

499. Un principe de droit français. Cela dit, il faut avoir à l'esprit le droit français au moment de commenter la conception administrative de l'exécution judiciaire, et non le droit belge. Il faut ainsi rappeler qu'en droit français, l'exécution judiciaire s'apparente à "l'exécution pénale", par la voie du juge pénal, et non par celle du juge civil, à défaut de dérogation. Il y a là, manifestement, une différence irréductible entre les deux disciplines, liée au système, et que l'on ne retrouve absolument pas en droit belge.

On a déjà souligné son importance capitale dans la démarche empruntée. Elle explique qu'en droit français le principe de l'exécution judiciaire en matière administrative soit considéré comme une règle administrative et non comme une règle de droit privé. Ou encore, à la suite d'H. BERTHÉLEMY¹³, que la séparation des lois civile et administratives reviennent à priver l'administration des avantages du droit commun; que les voies et les moyens d'exécution judiciaire soient réservés au pouvoir judiciaire et interdits aux administrations, sauf à (pouvoir) passer par lui préalablement.

pouvoir extra-légal", "une règle de droit jurisprudentiel et commun" (expression trompeuse car il s'agit d'une jurisprudence administrative).

¹² J.-M. de FORGES, op. cit., 3^e éd., 1995, p. 66. Comp. G. DUPUIS, op. cit., T. II, 1962, resp. n° 310, p. 429 et n° 311, p. 431, idr : "ROMIEU admettait lui-même que le principe de l'illégalité de l'exécution forcée administrative doit être assorti d'exceptions", "illustrées par la jurisprudence".

¹³ H. BERTHÉLEMY, note sous Cass. crim., 31 décembre 1903 (arrêt "Knittel"), D., 1904, I, 281, ici 283 : "C'est un principe supérieur de notre droit public que l'administration ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont rigoureusement conférés par la loi". L'auteur différencie loi civile et lois administratives. Alors que la première a organisé une procédure permettant l'exécution forcée, les secondes ne permettent en règle l'exécution forcée que si leur inobservation entraîne l'application d'une sanction pénale. Add. H. BERTHÉLEMY, op. cit., R.D.P., 1904, p. 220, pour qui le principe de *droit public* est plutôt que l'administration ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont rigoureusement conférés par la loi; comp. A. LACOSTE, op. cit., 1907, p. 101 (et p. 105 : la séparation des pouvoirs commande la soumission à la loi); J. MOURGEON, op. cit., 1967, n° 141, p. 208 et n° 143, p. 210 : il s'agit nécessairement d'un principe de droit public puisque l'exécution "judiciaire" ne vise pas la voie de droit commun, mais la voie pénale ou spécialement organisée, ce qui consacre une différence essentielle avec le droit privé; l'exécution judiciaire (répressive) des *normes administratives* et un "principe fondamental et classique du droit français" (qui l'emporte sur celui de la séparation) selon lequel la protection des droits de la personne appartient à l'autorité judiciaire et non à l'autorité administrative; R.-G. SCHWARTZENBERG, op. cit., 1969, pp. 122 et 123.

Ce n'est que transposée en droit belge qu'une telle affirmation dualise exagérément les deux disciplines, qu'elle les rend artificiellement incompatibles¹⁴.

500. Le point de vue contrasté de J. BARTHÉLEMY. Même en droit français, néanmoins, toutes les raisons de se séparer de l'adage en droit administratif ne sont pas nécessairement bonnes pour autant. Car peu importe en fin de compte le juge auquel il convient de s'adresser, pourvu que cela soit un juge.

À cet égard, la théorie de J. BARTHÉLEMY¹⁵ ne peut pas être passée sous silence. L'auteur rejette en effet l'adage sur une base si fragile qu'il s'agit finalement d'un argument en sens contraire. D'autant que le rejet intervient après s'être largement référé au droit commun.

Après un détour étonnant par le droit commun de l'exécution forcée en ce qui concerne les obligations de faire ou de ne pas faire en droit public (en 1912 !) - selon l'auteur, il serait "hors de doute que les principes des articles 1143 et 1144 du Code civil, concernant la *contrainte par substitution*, seront appliqués par l'administration contre les administrés" (p. 523), mais "l'application"¹⁶ de ces "règles de bon sens" (p. 526) consiste dans ce qu'il serait "évident que toutes les fois que l'administration pourra exiger l'exécution directe de l'obligation de faire en dehors du fait du débiteur, elle sera autorisée à y procéder" (directement ou d'office), alors pourtant que les articles requièrent l'autorisation du juge le cas échéant ... (p. 523)¹⁷ -, l'auteur pose comme principe - sorti de nulle part, sans justification - celui de "l'exécution directe sans l'intermédiaire de la justice" (p. 529)¹⁸. Cet intermédiaire doit être considéré comme

¹⁴ Sauf lorsqu'en droit français on excède l'exécution forcée. Comp. ainsi J.-M. MARCHAND, *op. cit.*, *Jurisclasser administratif*, fasc. 110 (1989), p. 3, n° 5 : exécutoire par provision ou par elle-même (mais pas par la force ...), "sans qu'il y ait lieu de prévoir des voies d'exécution particulières". L'excès inverse se rencontre parfois en droit belge : P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, 2^e éd., 1996, n° 89, p. 99 et la contrainte sans passer par le juge "par exemple en faisant saisir les biens d'un débiteur récalcitrant" !

¹⁵ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912.

¹⁶ L'auteur va jusqu'à soutenir qu'en exigeant l'autorisation du juge, l'on conteste à l'administration "ce droit si naturel, qui appartient à un particulier quelconque", la mettant "dans une situation inférieure à celle d'un créancier ordinaire" (p. 523).

¹⁷ Les exemples avancés sont particulièrement larges : chaque fois qu'un état de choses extérieur doit être modifié (des constructions, des dépôts contraires à la police à enlever, des précautions à prendre, des choses nuisibles et incommodes à améliorer, etc.).

¹⁸ *Add.* p. 537. Déjà p. 523, il énonce qu' "Il faut évidemment présumer que, s'il y a quelque modification à ces principes lorsqu'on passe dans le droit public, elles seront favorables à l'administration". Et p. 521, il n'est pas non plus sans être influencé par la dualité des systèmes lorsqu'il distingue les règles de droit selon que le soin d'en demander l'application aux tribunaux est laissé aux particuliers (réparation) ou qu'au contraire des fonctionnaires sont investis d'en vérifier l'application en les érigeant en infraction pénale (répression). Seules ces dernières intéresseraient "spécialement" le droit public, en précisant en note 2 que les premières ne l'intéresseraient que comme en fin de compte "tout le droit civil dans la mesure où l'intervention de la force publique est nécessaire pour appliquer la sanction". Plus loin, il ne saurait pas être plus explicite, en particulier lorsqu'il cite Otto MAYER : "La contrainte n'a pas besoin de fondement légal propre" (p. 535) ! "Les obligations légales de faire, même non sanctionnées pénalement, seront (...) susceptibles d'exécution forcée par la voie administrative" (p. 536). À noter cependant la sauvegarde du principe, difficilement réalisable de manière étendue en pratique, "afin qu'elle (l'administration) puisse l'exercer dans les cas où la nécessité de son intervention serait particulièrement impérieuse" (p. 536).

exceptionnel et ne peut être exigé qu'en vertu d'un texte formel de la loi (p. 530), même s'il est considéré comme un progrès (p. 537).

Autrement dit, l'exécution directe administrative est la règle, et l'intervention du juge l'exception, à prévoir (encore) par un texte exprès.

Les arguments avancés pour étayer ce point de vue sont faits d'histoire et de tradition, et non de droit. "Je crois que l'exécutif est l'ancêtre vénérable des autres pouvoirs. Originellement, disposant de la force matérielle, il astreint directement les administrés à l'exécution de leurs devoirs, et ce n'est que peu à peu qu'il a consenti à mettre entre les administrés et lui l'intermédiaire du judiciaire" (pp. 529 et 530, et note 1 : un "exposé des faits", "l'observation historique").

Certes, J. BARTHÉLEMY considère l'intervention judiciaire comme un progrès "qu'il n'y a aucune raison de ne pas généraliser hors des cas d'urgence" (p. 531) (sous-entendu : par voie légale, voire jurisprudentielle¹⁹). À son estime, cependant, "On a une tendance, très légitime en soi, mais dont il est difficile de trouver le fondement légal, à dire que l'administration ne peut pénétrer sur la propriété particulière pour y procéder à l'exécution forcée d'une obligation de faire qu'en vertu d'une décision judiciaire. C'est l'application beaucoup trop stricte au droit public de la règle de droit civil que nul ne peut se faire justice à lui-même. Il faut bien, à peine d'établir l'anarchie, reconnaître quelque prérogative à l'administration" (p. 531). Par confiance dans les "magistrats de l'ordre administratif" agissant dans l'intérêt général, la garantie juridictionnelle intervient *a posteriori*. Il y va de l'application de "principes généraux et de bon sens" (p. 531).

501. Un principe de droit commun. Plus généralement, en dépassant le cas particulier de J. BARTHÉLEMY, on peut conclure qu'il n'est pas difficile de conclure à la spécificité du droit

¹⁹ Pour l'auteur, la jurisprudence aurait en effet (seulement) tendance à considérer l'acte d'exécution administrative directe comme un acte exceptionnel et requérant, pour être légitimé, que soient remplies un certain nombre de conditions (pp. 531 et 532). Rem. p. 534 : "Je dis, par conséquent, que toute obligation légale de faire qui n'est pas sanctionnée par une peine est susceptible cependant d'exécution forcée par la voie administrative. (...) C'est là ce qu'Otto Mayer appelle le *phénomène de la force allant de soi*". La promulgation y a son importance.

public lorsqu'on est opposé à la règle de l'exécution judiciaire²⁰ ou que l'on est convaincu du privilège²¹, sans se soucier de l'application éventuelle du droit commun²².

Juridiquement parlant, il est pourtant plus intéressant d'analyser la formulation du principe comme procédant du droit privé, surtout en droit belge. La sujétion au droit commun est alors à portée de main.

Cela dit, il convient d'être extrêmement prudent avec l'adage, y compris en droit commun. Le champ d'application de la prohibition qu'il contient est très large²³. Il ne concerne pas seulement l'exécution forcée, et donc encore moins exclusivement l'exécution administrative.

C. CAMBIER en donne un bon aperçu : "Cette prohibition consiste, en réalité, à interdire qu'on s'attribue d'autorité ce qu'un autre conteste devoir ou ce qu'un autre revendique comme sien; à faire défense de s'exonérer d'office d'une obligation souscrite ou de passer d'office à l'exécution forcée de ce à quoi l'on prétend. C'est le règlement de prétentions ou le recours à des contraintes décidés unilatéralement qui sont mis en cause"²⁴. "C'est là un adage que l'on

20 En droit français : R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, pp. 303 et 305, avec justifications théoriques et historiques : elle n'avait aucune portée véritable; le principe inverse prévaudrait, à contre-courant (mais l'auteur vise une force inadéquate : si les décisions exécutoires ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée, en règle le juge administratif intervient *a posteriori*, après que l'administration se soit "fait justice"); A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668 : une caractéristique de la conception française du droit administratif; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 99, p. 93; C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz* : un principe absolument méconnu (p. 60, n° 49) et "Que ce principe soit un principe en droit administratif ou (...) une exception, il est indiscutable que le droit public français lui fait une très large place" (n° 53). Rem. toutefois p. 60, n° 50 : le nombre et l'importance des exceptions ne doivent pas "altérer le véritable caractère des rapports juridiques des citoyens et de l'administration"; et p. 62, n° 81, ad : "Du principe fondamental que nul citoyen ne doit être contraint sans intervention préalable du juge, on tire pour conséquence que l'administration (sauf les cas d'exécution d'office) doit s'adresser au juge (...)".

21 En droit français : M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 475 : le principe concerne l'exécution des lois et des règlements et est considéré comme une garantie constitutionnelle de liberté (!) différente de ce que l'on a connu par le passé (la *coercitio* du magistrat); M. HAURIOU (A. HAURIOU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 230; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (pp. 3 et 4 : un privilège reconnu par la jurisprudence et que "s'est créé l'administration" en usant d'une procédure considérée d'abord comme un pur fait et seulement reçue en 1902. En droit belge : P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; A. BUTTENBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, pp. 346 à 348; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 220, p. 307; W. LAMBRECHTS, *op. cit.*, 3^e éd., 1988, pp. 45 et 46.

22 Ou en l'écartant, comme P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 39, p. 66, pour qui, en vertu du privilège, le principe (de droit privé) selon lequel nul ne peut se faire justice lui-même (et doit donc au préalable prouver son droit au juge avant d'être autorisé, moyennant la formule exécutoire, à recourir à la contrainte organisée) ne s'applique pas au droit administratif. *Add.* au moins impl. les auteurs effectuant une comparaison à partir de l'adage.

23 À l'image, par comparaison mais en sens inverse, du privilège de la séparation des pouvoirs par rapport au privilège étudié.

24 C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 134. Très étrangement, l'auteur fait référence (vérifiée) à R. DRAGO (p. 303) en expliquant que "Les responsabilités ainsi assignées aux autorités publiques font qu'à la différence de ce qui se passe en droit privé, l'adage "nul ne peut se faire justice à soi-même", a en droit public, un champ d'application non pas exceptionnel mais normal d'application" (*op. cit.*, T. I, 1974, p. 136, note 4). R. DRAGO écrit précisément le contraire.

associe au fondement même de tout état de droit"²⁵. Un principe "de droit naturel", osent certains²⁶.

Dès lors que l'adage dépasse l'exécution forcée ou la contrainte, le privilège étudié n'en est qu'une dérogation très ciblée qui le dépasse largement.

Inversement, l'adage ne doit pas induire une portée démesurée du privilège, en particulier dans son lien avec la force obligatoire de l'acte administratif (la décision unilatérale et sa contestation)²⁷. Seule l'exécution forcée est en cause. Mais même la distinction entre "se faire" ou "se rendre justice" n'est pas assez précise pour en rendre compte²⁸. On retrouve donc les mêmes difficultés avec l'adage que celles rencontrées avec le critère de "l'intervention du juge". À s'en tenir au principe de l'exécution forcée judiciaire, toutefois, ce dernier ne permet pas à l'administration de "se situer à contre-courant"²⁹.

25 *Ibidem*.

26 C. REMON, *op. cit.*, in *L'exécution en question*, 1993, p. 62.

27 La tentation est grande dans un contexte où les forces de l'acte juridique sont souvent confondues. Comp. ainsi C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250, note 1, sur un ton proche de celui de M. HAURIOU : "Il ne faut pas trop généraliser l'incapacité du particulier d'agir par décision exécutoire. Ce pouvoir lui revient à travers certains vestiges de ce que l'on appelle la justice privée. Ainsi par le recours à l'*exceptio non adimpleti contractus*, par le droit de rétention ..., le particulier se donne-t-il à lui-même un titre contraignant à l'égard d'autrui". Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 142 : "dans de nombreux cas les privilèges du préalable et de l'exécution forcée se reconstituent, en quelque sorte, à ce niveau" (entre particuliers), à un endroit toutefois où l'auteur privilégie le pouvoir (privé) de décision unilatérale (la force obligatoire). Bref, C. CAMBIER n'échappe pas toujours à la confusion, comme in *Mélanges Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, pp. 455 et 456 en particulier : "La puissance publique a arrêté ses résolutions; foi est due à ses actes, obéissance à leurs commandements et soumission à leurs contraintes. La force exécutoire est, en effet, conservée à ses décisions auxquelles des recours non suspensifs n'apportent aucune entrave. Le juge va se prononcer, il est vrai. Mais le plaideur subit, en attendant, le mal qu'il a dénoncé et qui, pour peu que cette attente se prolonge, demeurera sans sanction".

28 Tantôt les expressions sont utilisées indifféremment : par exemple R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, not. pp. 43, 48 (provisoirement), 58, 122, etc. Tantôt l'exécution est conçue de manière beaucoup trop large : pour J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 368, se soustraire à ses obligations par résolution unilatérale en cas d'urgence ou de nécessité est assimilé à un "acte d'exécution privée" au même titre que l'exception d'inexécution ou le droit de rétention, "touchant le privilège de l'exécution forcée de l'administration". *Add.* not. R. NERSON, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 9 et, dans le même ouvrage, J. BOULOUIS, pp. 300 à 302 : le verbe pronominal se faire implique l'idée d'exécution personnelle d'une prétention juridique. Rem. au demeurant P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 161 : "Les particuliers ne peuvent se faire justice. Il faut attendre que le juge ait dit le droit".

29 Comp. R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 303 ("c'est le principe inverse qui prévaut"), l'auteur visant en l'occurrence les autres forces de l'acte administratif, dans une perspective historique et contentieuse lourde de sens : "Parce qu'elle est souveraine, l'administration détient le pouvoir de prendre des décisions exécutoires liées à son pouvoir d'action d'office ("privilège du préalable"). Parce qu'elle est soustraite au contrôle des tribunaux ordinaires, elle a été amenée d'abord à se faire justice à elle-même, puis à être jugée et partie dans sa propre cause, enfin à "sécriter" elle-même une juridiction propre devenue progressivement indépendante mais maintenue à l'intérieur de l'Exécutif" (p. 304). Un bon exemple du privilège désincarné du droit commun peut également être trouvé chez L. CAVARE, disciple de M. HAURIOU, à le lire avec des yeux contemporains (*op. cit.*, 1920, pp. 3 à 10). L'incapacité à paralyser toute action administrative en temps utile est également mise en évidence au lieu de se concentrer sur la dispense de l'autorisation du juge. Aussi, tout est possible pour l'administration, surtout lorsqu'il s'agit d'exécuter la loi, sauf quand un texte en dispose autrement et impose le recours au juge (une conception inverse par rapport au principe de spécialité).

II. Les hypothèses et les conditions

502. Des éléments communs. Le même constat peut être fait à propos des hypothèses et des conditions réglant l'exécution administrative en droit français qu'en ce qui concerne le principe de l'exécution judiciaire. L'analyse révèle que le juge administratif n'a pas raisonné totalement en vase clos. Il s'est manifestement inspiré du droit commun de l'exécution. Et pourtant, la doctrine française préfère insister sur leur caractère jurisprudentiel (et donc administratif)^{30 31}, à la suite de ROMIEU. Quant à la doctrine belge, elle tait le plus souvent l'origine des conditions. Elle l'attribue parfois implicitement à la doctrine ou la jurisprudence françaises, en entretenant l'illusion d'une transposition en droit belge³².

Dans l'optique comparative, la doctrine s'est donc focalisée sur un raisonnement binaire autour de l'adage (le principe de départ), sans jamais penser à relever, en aval de ce principe, la proximité des deux droits dans la matière. Ainsi, jamais il n'est fait référence à des conditions

³⁰ Insistent en particulier sur la nature jurisprudentielle et administrative (publique) des conditions, véritable héritage du passé : M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 476 et 477 : une doctrine (administrative); P. PACTET, *op. cit.*, 1952, n° 42, p. 71; C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 760, n° 22 et n° 27, p. 762 (impl.); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 97; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 310, p. 429 et n° 311, ainsi que p. 431 et T. II, n° 414, p. 585; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 353, n° 830 et p. 355, n° 834 : "un effort de la jurisprudence"; J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 405; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 109; R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOUILLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 105; G. DUPUIS et M.-J. GUEDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 405; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 66; J. RIVERO et J. WALINE, *op. cit.*, 16^e éd., 1996, n° 100, p. 94; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, pp. 272 et 273 : des règles jurisprudentielles. *Add.* O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 353 : des conditions purement jurisprudentielles et dérogoires à la règle générale; CELIER, concl. préc. C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, *D.*, 1947, 131; *J.C.P.*, 1947, 2, 3.377 et obs. M.F. (l'arrêt figure également in *Rec.*, p. 278 et *S.*, 1947, 3, 41 et note A. MESTRE) : des "principes généraux consacrés par la jurisprudence"; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 1197, p. 871 : il s'agirait de "principes généraux dégagés par la jurisprudence en matière d'exécution d'office". *Rem.* O. DUPOND, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1925, p. 347 et p. 411 : il s'agit d'une "simple pratique administrative" au-delà de quelques textes; P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 763 et 764, pp. 525 et 526 : le procédé est "admis en pratique" en dehors de quelques textes, mais ce sont la doctrine et la jurisprudence qui se sont attachées à poser des conditions conformes à la nature des choses.

³¹ Parfois en la critiquant sur ce point. Pour H. BERTHÉLEMY, en particulier, ces conditions sont "arbitraires et le principe qu'elles ont pour but de rendre moins périlleux (l'exécution administrative et non judiciaire) n'a pas de valeur scientifique" (*op. cit.*, *R.D.P.*, 1904, p. 223, *ada*). Manifestement, l'auteur classe la doctrine de l'exécution forcée parmi les dangereuses théories, fictions et chimères doctrinales qui, "sous prétexte de mieux expliquer les faits, en voilent la clarté et en faussent le sens" (p. 226). Il faut dire que l'auteur écrit au moment où s'établit la jurisprudence et dont il peut encore se permettre, en conséquence, d'en critiquer le fondement pratique et jurisprudentiel (les précédents). *Add.* A. de CHABERT-OSTLAND, *op. cit.*, 1907, p. 121, à propos de la nature (administrative) de l'exécution forcée : "il faut bien reconnaître qu'en définitive, c'est l'administration elle-même qui fixerait ces conditions et pourrait arbitrairement les faire varier suivant les circonstances"; A. LACOSTE, *op. cit.*, 1907, pp. 101 et 102, ainsi que p. 117, pour qui le système ressuscite l'ancienne théorie monarchique de la souveraineté et abandonne les principes modernes de l'État de droit.

³² P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160; J. DEMBOUR, *op. cit.*, 3^e éd., 1978, n° 222, pp. 308 à 310 (aucun mot); A. MAST, A. ALLEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 9, pp. 7 et 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 9, pp. 7 à 9 (ajoutant tout de même dans cette version l'arrêt "Belgafiche" de la Cour de cassation du 20 janvier 1994); H. VUYE, *op. cit.*, 1995, n° 813, p. 835, note 242 (de source plutôt doctrinale, même si en note 239 référence est faite à la jurisprudence française, à savoir l'arrêt "Immobilière de Saint-Just"). A. BUTTGEBACH, quant à lui, mentionne la doctrine et la jurisprudence françaises (*op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 346) auxquelles M.-A. FLAMME prétend confronter leur état en droit belge.

identiques en droit privé, par exemple lorsque l'exécution se fait par substitution³³. Même l'idée paraît exclue³⁴. On a l'impression, autrement dit, que la question est escamotée, parce qu'elle relève de l'impensable en droit français.

J.-C. VÉNÉZIA est peut-être l'auteur français qui a le plus étudié la similitude des systèmes de droit privé et administratif en matière d'exécution³⁵. À son estime, les conditions posées en jurisprudence de droit privé pour tolérer des actes d'exécution privée "évoquent étrangement celles posées par le Tribunal des conflits à l'exécution forcée en droit administratif : urgence à sauvegarder des intérêts en péril pressant, action du co-contractant à ses risques et périls ..." et, globalement, le principe même de ne pas donner à l'adage une portée générale et absolue³⁶. L'auteur ne dépasse toutefois pas ce stade et sa prédilection est plutôt le droit des contrats³⁷.

³³ Pas même chez R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 181 à 183, pourtant pressé de conclure à l'unité du droit. Or, par définition, "l'exécution d'office administrative" suppose qu'il en existe une autre, d'une autre nature. Pp. 100 et 101, l'auteur préfère pourtant comparer l'exécution d'office à la légitime défense (il est critiqué sur ce point par M. ROUSSET, *op. cit.*, pp. 99 et 100, note 32), en assimilant l'exécution d'office à une manifestation de l'instinct de conservation du groupe. Il s'agirait dans les deux cas d'exceptions au principe que nul ne peut se faire justice à soi-même, présentant des points d'analogie (légalité - nécessité) : des "réglementations" strictes, non des droits naturels, et profondément subsidiaires (*ultima ratio*); des règles assez proches : "D'un côté, il faut qu'il y ait une résistance à briser; de l'autre, il faut qu'il y ait une violence injuste. D'un côté, il faut que le danger soit réel et actuel, la menace ne suffit pas; de l'autre, il faut que la résistance soit effective et qu'il y ait urgence ou péril imminent. D'un côté il faut que l'emploi de la force soit nécessaire pour briser la résistance, qu'il n'y ait pas d'autre moyen légal; de l'autre, il faut que la violence soit nécessaire pour repousser l'agression, qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'échapper au danger. D'un côté, il faut que la violence cesse dès que le danger est passé; de l'autre, il faut que les mesures d'exécution forcée prennent fin dès que l'obéissance est obtenue" (pp. 100 et 101).

³⁴ G. DUPUIS semble vraiment l'exclure lorsqu'il fustige l'analogie faite par M. HAURIOU entre le privilège de l'exécution d'office et le droit romain des actions de la loi : "en bonne logique, cet antécédent bien lointain conduirait à admettre l'exécution d'office en droit privé dans les rapports entre particuliers ! Tout cela n'est pas solide (...)" (*op. cit.*, T. II, 1962, n° 401, p. 562). De manière plus générale, pour l'auteur, le monopole de la force armée exclut la licéité de l'exécution forcée sans habilitation judiciaire en droit privé, mais non celle de l'exécution d'office en droit administratif (*op. cit.*, T. I, 1962, p. 189, n° 120).

³⁵ L'auteur s'inscrit dans un mouvement marginal favorable à l'unité du droit duquel le droit de l'exécution reste pourtant étrangement exclu. Une approche de "droit comparé interne" : C. DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Étude de droit comparé interne*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1960, 2 parties, l'auteur se limite à la procédure elle-même sans aborder les voies d'exécution; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 35, n° 27; J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 378. *Rem.* encore L. DUGUIT, *op. cit.*, 3^e éd., T. I, 1926, § 66, p. 713 : "Le droit public et le droit privé doivent être étudiés avec le même esprit et la même méthode. Les lois de droit public et les lois de droit privé reposent sur le même fondement. Les actes juridiques de droit public et ceux de droit privé sont formés des mêmes éléments et ont au fond le même caractère" (mais l'auteur voit dans la sanction la différence entre les deux droits); R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 16 et 17, ainsi que pp. 182 et 183 (conclusion) et "le monisme profond et complet du droit", "l'absence d'une différence de nature entre le droit privé et le droit public", une distinction "purement formelle, vestige d'une époque révolue"; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 77 : "intrinsèquement on ne peut trouver aucune différence entre l'acte administratif et l'acte privé". *Add.* M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, 1954, p. 32; F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, pp. 2, 8 et *op. cit.*, T. II, 1960, titre I, p. 63. *Comp.* C. EISENMANN, *op. cit.*, T. I, 1982, (année 1952-1953), pp. 761 à 763, et T. II, 1983, (année 1959-1960), pp. 741 à 779.

³⁶ J.-C. VÉNÉZIA, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1977, p. 369.

³⁷ Au-delà de l'exception d'inexécution ou du droit de rétention, le dégageur unilatéral d'un contrat se fonde sur les notions d'urgence et de nécessité (*ibidem*, p. 368 et la jurisprudence citée). L'objection principale pour l'auteur (y compris en matière contractuelle), est que la jurisprudence évoquée permet de se dispenser unilatéralement de l'exécution de ses obligations, mais pas de réaliser soi-même l'exécution, de réaliser ou de provoquer de sa propre autorité une exécution plus ou moins complète des engagements de l'autre co-contractant

503. L'urgence. Parmi les hypothèses et conditions, seule l'urgence fait donc exception au raisonnement exclusivement binaire du droit administratif. On a déjà mentionné son rôle particulier en jurisprudence française, que ce soit en droit privé ou en droit administratif³⁸, ce qui précisément lui a valu la comparaison.

Force est toutefois de constater qu'à ce jour, en droit belge, malgré de nombreuses occasions et l'appel d'auteurs dans ce sens, la Cour de cassation belge n'a nullement consacré un principe général de l'urgence susceptible de fonder la transposition en droit belge d'une telle jurisprudence, que l'on peut qualifier de dangereuse en matière d'exécution forcée, y compris en droit privé.

À l'inverse, l'interdiction de la justice privée, quant à elle, est bel et bien consacrée dans ce rôle³⁹. L'est aussi le "principe fondamental" nettement plus restrictif de l'urgence nécessaire, lié à la force majeure et à l'urgence⁴⁰. L'unité générique des principes généraux du droit, encouragée par la sujétion⁴¹, commande d'y voir des principes communs à toutes les disciplines juridiques, sous peine de congédier toute notion de "droit commun".

Il faut préciser à cet égard que le principe général de l'interdiction de se faire justice à soi-même procède d'un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière militaire. Cette matière peut être rattachée au droit public ou administratif sans que l'application du principe général en droit privé ne soit contestée pour autant.

Par ailleurs, il n'est pas concevable de réserver un traitement privilégié aux particuliers à cet égard, au détriment des autorités administratives, en se basant par exemple sur l'intérêt général ou sur la continuité des services publics. D'autant que la matière de l'exécution, d'ordre public, semble s'y opposer formellement.

504. L'urgence "améliorée". À noter, pour finir, que l'urgence est rarement invoquée seule en doctrine pour justifier une dérogation au droit commun, y compris en droit privé⁴². Certes, l'urgence n'est pas combinée avec d'autres catégories comparables, à l'instar de la Cour

(p. 369). L'auteur dépasse l'objection en évoquant cette sorte d'initiative du créancier dans certaines situations, dont le mécanisme de la compensation ou le régime du contrat de gage, surtout en matière commerciale. En soulignant que le droit privé permet au créancier de réaliser lui-même l'exécution aux frais du débiteur dans des hypothèses plus limitées, s'expliquant par des considérations de nécessité et d'urgence : l'action oblique (article 1166 du Code civil), la faculté de remplacement reconnue en droit commercial à l'acquéreur commerçant non livré ou la possibilité reconnue au locataire de faire effectuer les réparations urgentes de sa propre autorité et aux frais du bailleur, avec toutefois la nécessité de recourir au juge dans les deux derniers cas, en cas de refus de payer du vendeur ou du bailleur.

³⁸ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 406, p. 572. Comp. R. DENOIX de SAINT MARC, D. LABETOUILLE et M. ROUGEVIN-BAVILLE, *op. cit.*, 1989, p. 105, idr : l'urgence est une "idée classique du droit administratif" français. Le réflexe autonomiste n'est pas toujours perdu.

³⁹ Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, 1974, I, 1014.

⁴⁰ Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1953, analysé *supra*, n° 480 et s.

⁴¹ Voy. *supra*, n° 73 et 78.

⁴² Tel n'est pas toujours le cas en jurisprudence, dans la mesure où certains juges du fond ont parfois la fâcheuse tendance de galvauder les principes, souvent par souci d'équité. On perçoit dès lors l'importance de tribunaux administratifs, au lieu de multiplier les chambres au sein du Conseil d'État.

de cassation. Mais les auteurs qui en appellent à la consécration d'un principe général de l'urgence par la Haute Cour, ne le conçoivent en réalité pas sans l'assortir de conditions et de critères qui le rapprochent ostensiblement de l'urgence nécessaire^{43 44}.

Une telle conception n'est pas étonnante dès lors qu'en cas de simple urgence, il existe une voie de droit permettant de remédier à cette situation particulière, tout en agissant sous le couvert et le contrôle d'une autorisation judiciaire calibrée⁴⁵. En l'occurrence, on attire souvent l'attention sur la nécessité, pour les parties et leurs avocats (comme pour les juges), de veiller à rédiger de manière complète et adéquate leurs actes de procédure (leurs décisions). Ne convient-il pas d'en attendre, au préalable, le choix de la procédure qui convient ?⁴⁶

⁴³ Rem. en particulier P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 227 à 237, pp. 310 à 324 et n° 267.2, p. 369 (en matière d'exécution forcée des obligations contractuelles non pécuniaires). Faisant écho à une partie de la doctrine française sur ce point précis, l'auteur en appelle à un principe général de l'urgence (non consacré à ce jour) qui permettrait de déroger au droit commun, et validerait, en matière de remplacement unilatéral, un véritable "pouvoir d'exécution d'office" (n° 227, p. 312), un "véritable droit d'exécution d'office" (p. 273, n° 198) partiellement reçu en doctrine belge et auprès de certains juges du fond. L'urgence est précisément avancée comme le fondement manquant en théorie à la faculté de remplacement unilatéral (l'économie du recours préalable au juge pour pouvoir remplacer son débiteur défaillant). Mais l'auteur précise en note 264 qu'un autre fondement pourrait être l'état ou l'exception de nécessité, déjà plus stricte, pour autant que l'on accepte de voir dans cette notion un principe général de droit; parfois aussi la bonne foi lorsqu'il s'agit pour le créancier de limiter son dommage (n° 231, pp. 317 et 318). L'urgence n'est pas non plus pure et simple et il est souvent fait état de mesures (travaux) urgentes et nécessaires. Les conditions de mise en œuvre sont, outre l'urgence, la loyauté, la mise en demeure préalable avec attribution d'un délai raisonnable pour s'exécuter, l'agissement à ses risques et périls et de manière à permettre le contrôle éventuel du juge *a posteriori* (not. dans le ménagement de preuves) (p. 321, n° 233), la proportionnalité; la gravité du manquement est discutée et relève plus de la rupture unilatérale du contrat que du remplacement par anticipation (n° 234, pp. 321 et 322). L'auteur propose aussi de remplacer les articles qu'il étudie par un texte prévoyant expressément l'hypothèse de l'urgence (p. 373, n° 269.3). Cela dit, il ne faut pas s'emporter quant au rapprochement éventuel des droits privé et administratif sur ce point. Car, déjà au stade de la clause contractuelle de remplacement d'office (ou "contrat de substitution", p. 321, n° 233), l'auteur s'est rendu compte que l'exécution forcée sur la personne et sur les biens d'autrui, même avec le concours éventuel de la force publique, est clairement exclue en vertu de l'adage bien connu et de la matière qui est d'ordre public (n° 206 et 207, pp. 283 à 287, en ce compris la clause de mise des frais à charge du débiteur défaillant qui ne peut pas valoir un titre exécutoire; n° 228, p. 313; n° 232, p. 318) (la simple opposition peut donc suffire à paralyser le créancier entreprenant), ce qui empêche évidemment toute application translatrice en ce qui concerne les privilèges, dans une matière au demeurant campée au domaine de l'acte unilatéral. En irait-il, pour reprendre les propos du commissaire au gouvernement DAVID en 1873, de cette mesure ne permettant pas d'assimiler complètement l'État à un simple particulier, en bonne raison et en bonne justice, de cette part de prérogatives que l'État ne saurait abandonner complètement sans se renier lui-même (G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, p. 12, n° 12) ?

⁴⁴ Rem. que l'urgence est proposée en doctrine comme l'un des critères d'application de l'exécution provisoire en droit commun. Voy. P. MARTENS, "L'exécution provisoire en matière patrimoniale", *Ann. fac. dr. Liège*, 1983, p. 212, n° 14.

⁴⁵ Il faut remarquer à cet égard la contradiction entre la lenteur judiciaire généralement dénoncée pour justifier l'économie du recours préalable au juge et l'urgence toujours requise pour en bénéficier, d'ailleurs avancée comme fondement. Oublierait-on les procédures en référé ? Comp. not. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 213 et s., pp. 293 et s., d'une part, et, d'autre part, sp. n° 202, p. 279, n° 227, p. 312, ainsi que n° 230, p. 315 (l'insuffisance de la justice publique). Le coût de la justice ne peut évidemment pas entrer en ligne de compte dans le raisonnement juridique, comme il est parfois suggéré. Même si, en pratique, l'efficacité de la justice en est souvent directement fonction.

⁴⁶ Comp. Y. CHARTIER, note sous Tr. gr. inst. Dunkerque, 3 octobre 1984, *Gaz. Pal.*, 1985, III, jur., ici p. 157 : si les recueils de jurisprudence française ne révèlent guère d'exemples de remplacement unilatéral, n'est-ce pas précisément parce qu'il faudrait en chercher la cause dans le recours fréquent au juge des référés ? Certes, la voie ne fait pas entièrement disparaître le risque pris dans ce cas de figure, compte tenu du provisoire (P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 202, p. 280). Mais peut-on seulement déroger au droit lorsqu'il impose un dispositif différent ?

Aussi, au lieu de s'aventurer dans une comparaison plus approfondie mais hasardeuse en ce qui concerne l'urgence, et compte tenu des objections de principe formulées au chapitre précédent, il est logiquement préféré de privilégier les deux autres hypothèses du système français de l'exécution administrative, à savoir l'absence ou non d'une autre voie juridique.

À cette raison s'en ajoute une autre, fort simple à comprendre : au-delà de l'urgence et des risques et périls, les conditions posées à l'exécution d'office ne sont pas comparées en doctrine. C'est pourtant sur elles qu'il convient de porter l'attention. Or, précisément, on a vu qu'en doctrine française, l'application des conditions n'était certaine que dans l'hypothèse d'une loi imparfaite et à défaut d'urgence.

505. L'existence ou non d'une autre voie de droit. À l'égard de l'alternative (l'existence ou non d'une autre voie de droit), d'abord, le système d'origine française ne paraît pas aussi distant qu'annoncé par rapport au droit privé.

Il est en effet de bon sens qu'en présence d'une voie particulière, organisée par un texte exprès - hypothèse, faut-il le rappeler, que l'on est également susceptible de rencontrer en droit privé -, il y a lieu d'en suivre la marche et les dispositions.

Or, il arrive que le législateur déroge aux règles liées à l'exécution forcée autorisée par un jugement. L'exemple le plus manifeste à cet égard, et qui vient directement à l'esprit, est l'acte notarié, en vertu d'un texte légal. Sans oublier qu'en matière alimentaire, des procédures de saisie simplifiées sont organisées en faveur des créanciers d'aliments⁴⁷.

506. Les conditions. En ce qui concerne les conditions de l'exécution forcée, ensuite, il en est une - l'absence d'une sanction judiciaire spécifique - qui correspond à l'hypothèse que l'on vient d'envisager. Quant aux trois autres, il ne peut pas être soutenu, à première vue, qu'il y va d'une réglementation jurisprudentielle comparable aux règles judiciaires.

Il faut toutefois comparer des choses comparables. D'une part, en effet, on oublie souvent que le Code judiciaire comporte surtout des règles relatives aux obligations pécuniaires, alors que les conditions relatives à l'exécution d'office (surtout au sens strict) concernent exclusivement les obligations non pécuniaires. Le faible nombre de conditions ne doit donc pas étonner. On verra ci-dessous en détail ce que cela signifie concrètement (section 2).

Parmi les trois conditions restantes, d'autre part, deux sont véritablement identiques en droit privé. Il s'agit de la résistance (la matière à exécution forcée qui emporte également la mise en demeure préalable) et de la mesure du nécessaire à ne pas dépasser (le principe de proportionnalité). À la limite, on peut même soutenir que la première condition est incluse dans la seconde : à défaut de résistance, il n'est évidemment pas nécessaire de recourir à la contrainte

Au fond, il est indispensable de prescrire le réflexe du recours au juge, surtout lorsque l'empressement peut s'avérer mauvaise conseillère.

⁴⁷ Voy. *infra*, n° 594.

ou à la substitution. On abuserait de son droit si, avant d'y recourir, on ne donnait pas une dernière chance de s'exécuter "volontairement".

Ainsi, l'usage de la force n'est admis en droit privé - comme en droit administratif - que lorsqu'il est rendu nécessaire par le comportement de l'exécuté, sous peine d'être vexatoire et d'engager la responsabilité du poursuivant, en cas de préjudice et à concurrence des frais inutilement provoqués. Le principe, autrement dit, doit rester l'exécution volontaire.

Une série de règles assurent la réalité de ce principe : la mise en demeure préalable au recours en justice en matière contractuelle et la tentative d'accord amiable en matière extra-contractuelle; le rôle du juge dans la résolution des conflits, qui consiste à vérifier le titre avant qu'une valeur exécutoire lui soit conférée, et ensuite à permettre une dernière fois à l'obligé de s'exécuter volontairement; la signification du titre exécutoire préalable à l'exécution proprement dite.

507. Les conditions (suite). On retrouve les mêmes traits en jurisprudence administrative française, sauf l'intervention préalable du juge, évidemment, puisque la dispense forme précisément le premier privilège.

La mise en demeure préalable à l'exécution d'office, accordant un délai raisonnable pour s'exécuter, est susceptible de trouver un fondement, à travers quelques auteurs, dans une règle générale selon laquelle les obligations doivent être exécutées spontanément par le débiteur⁴⁸. Parmi eux, O. DUPOND la rapproche directement du droit privé dans lequel toute procédure de contrainte doit, pour être valable, avoir pour point de départ une mise en demeure⁴⁹ suffisante. Il s'agit d'une formalité substantielle nécessaire pour que se dégage de manière certaine une résistance. L'administré ne peut pas être présumé "coupable". Il n'est pas un "délinquant d'intention"⁵⁰.

Quant au principe de proportionnalité, universel en droit public à travers les principes d'égalité et de non-discrimination⁵¹, il est omniprésent en droit privé, y compris en matière d'exécution. Lorsque l'exécution dépasse la mesure du nécessaire et s'écarte de la voie la moins

⁴⁸ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 535. L'auteur ne relève toutefois "une trace de cet état d'esprit" que dans la jurisprudence civile actuelle, le juge accordant le plus souvent un délai pour s'exécuter avant substitution (note 3, pp. 524 et 525, ainsi que p. 536, suite de la note 3). La mise en demeure permet vraisemblablement une tentative d'accord amiable; elle lui ressemble (comp. R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 306, concernant la décision préalable).

⁴⁹ O. DUPOND, *op. cit.*, R.D.P., 1925, p. 361.

⁵⁰ M. HAURIOU, note sous C.E., Société française d'industrie chimique, S., 1916, 3, 1, ici 2, pour qui le contrevenant à des règlements administratifs agit dans bien des cas dans l'ignorance de la loi ou en comptant sur la tolérance de l'administration.

⁵¹ En matière fiscale, pour simple exemple, la Cour d'arbitrage a récemment indiqué, sur questions préjudicielles, que l'article 70 du Code de la T.V.A. doit être interprété (pour ne pas être discriminatoire) comme autorisant le juge saisi d'une opposition à contrainte, à exercer sur la décision d'infliger une amende fiscale un contrôle de pleine juridiction, permettant à l'administré de faire contrôler si la décision administrative à caractère répressif est justifiée en fait et en droit et si elle respecte l'ensemble des dispositions législatives et des principes généraux qui s'imposent à l'administration, parmi lesquels le principe de proportionnalité : C.A. (Q.P.), 24 février 1999, J.T., 1999, p. 445.

préjudiciable, on parle d'ailleurs, y compris en droit administratif⁵², d'un abus de droit⁵³. Les applications du principe sont parfois étonnantes⁵⁴.

508. Les conditions (fin). Il reste alors la condition de légalité qui, contrairement à ce qui peut paraître à première vue, n'est pas vraiment étrangère au droit privé.

On retrouve la condition dans la théorie de la nécessité⁵⁵. On la retrouve aussi en droit français, à travers l'urgence, qui ne peut justifier un comportement expéditif de la part du créancier que lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'une relation contractuelle voire légale⁵⁶.

Pour être complet, il faut encore mentionner le principe selon lequel l'administration exécute d'office à ses risques et périls.

On retrouve bien entendu la même idée en matière pénale (à travers la résistance ou même la légitime défense) et en matière civile (en ce qui concerne l'exécution provisoire⁵⁷ et, en droit français, le remplacement d'office).

509. L'absence de sanction pénale. En somme, il est permis de conclure à la proximité des systèmes civil et administratif de l'exécution forcée. Seul le rôle de la sanction pénale en droit administratif est réellement surprenant.

⁵² Rem. sur ce point l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994, analysé en détail *supra*, n° 420 et s. On n'est pas loin, à cet égard, de la théorie du libre choix des moyens, déjà rencontrée in C.E., Pittacos, n° 4.204, 1^{er} avril 1955, R.A.A.C.E., 1955, p. 333; *Pas.*, 1956, IV, 78 et obs. en note; R.J.D.A., 1955, p. 214; T.B.P., 1955, p. 253 et note A. VANDER STICHELE; J.T.O.M., 1956, p. 4 et note L. GOFFIN, sp. les propos de A. VANDER STICHELE et L. GOFFIN resp. p. 259 et p. 5 concernant son application (implicite). *Add.* C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, pp. 392 et 393 : l'administration ne peut pas imposer un mode particulier d'exécution d'une obligation légale, ce qui serait contraire à la liberté et la propriété.

⁵³ G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 571 : la voie la moins onéreuse pour une même satisfaction.

⁵⁴ Il a par exemple été jugé par le président du tribunal de première instance de Namur, statuant sur requête unilatérale, que l'expulsion par le bourgmestre, sur base d'un arrêté d'insalubrité, mais sans alternative concrète proposée à la requérante, blesse à l'évidence ses droits subjectifs (l'article 23 de la Constitution et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme) et méconnaît les devoirs de l'autorité publique à cet égard : civ. Namur (req. un.), 11 mai 1994, *Dr. Q. M.*, 1995, p. 54 (défense de mise à exécution) et note J. FIERENS. À noter que selon le juge, "s'agissant d'un contentieux qui touche à l'exercice de droits individuels et eu égard à l'ancienneté de la situation d'"insalubrité améliorable" invoquée par l'autorité administrative, cette dernière eût pu agir par voie juridictionnelle plutôt qu'en vertu des privilèges du préalable et de l'exécution forcée" (!). N'aurait-il pas été plus simple et moins insidieux de fonder le raisonnement sur le non respect de la réglementation en vigueur dans la matière ? On le sent, l'équité et le principe de proportionnalité transpirent de l'ordonnance. Rem. au demeurant, sur le plan pénal, que la violence ou contrainte policière non strictement nécessaire est punissable, comme l'impose d'ailleurs la loi sur la fonction de police : Cass., 18 février 1952, *Pas.*, 1952, I, 352; Bruxelles, 18 janvier 1984, *Rev. dr. pénal*, 1984, p. 602 (la menace de faire feu par susceptibilité lors d'un contrôle d'identité dans le cadre d'une grève du zèle).

⁵⁵ Voy. *supra*, n° 483.

⁵⁶ Lorsque le créancier dispose d'une décision de justice, la "légalité" procède directement de cette dernière.

⁵⁷ Voir au-delà. Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974 : après avoir évoqué la justice privée, l'auteur indique en note 31 de la page 144 que la situation du particulier agissant à ses risques et périls "rappelle celle qui s'exprime là où la puissance publique fait usage de ses privilèges du préalable et de l'exécution forcée" (idr).

À travers elle, l'ensemble du système français de l'exécution d'office est en réalité tourné vers l'exécution d'office au sens strict. À un point tel que l'on assiste à une sorte de renversement des valeurs. La sanction pénale (plus largement judiciaire), en particulier, est instrumentalisée à son profit, alors que sa fonction dépend entièrement de la dualité juridictionnelle française.

Dans le système, en effet, la valeur positive liée à la sanction pénale réside dans son absence. L'existence d'une sanction pénale, au contraire, revient à priver l'administration du privilège. Il s'agit de sa valeur négative, au demeurant formulée comme telle (la condition est l'absence d'une autre voie judiciaire ou juridique) et qui distingue la sanction en droit français de l'urgence ou de l'existence d'une loi, dont l'objet est au contraire de permettre (et non d'interdire) l'exécution d'office.

De la sorte, la règle conduit subrepticement à renverser l'ordre normal des choses qui est plutôt la séparation des pouvoirs bien interprétée : nul ne peut se faire justice à soi-même, sans que cela dépende de l'existence d'une sanction pénale. En vertu du principe, autrement dit, même à défaut de sanction pénale, l'ordinaire doit être de demander l'autorisation du juge avant de recourir à l'exécution forcée.

510. Transition. C'est ce retour à la normale que permet le droit commun et son application de principe en matière administrative. L'exercice n'est pas aussi périlleux qu'il paraît. Il consiste à "décrasser" le raisonnement des travers de l'administrativisme. En même temps, il faut éviter les fausses symétries en croyant qu'un retour au droit commun priverait nécessairement l'administration de toute efficacité en cas de nécessité. Telle n'est ni l'intention, ni la conclusion.

Il ne s'agit plus, en toute hypothèse, de penser seulement à codifier l'exécution d'office parmi certains procédés de l'action administrative dont on aurait dégagé des règles communes (les voies d'exécution)⁵⁸. La perspective proposée est autre. Elle vise à réconcilier le droit administratif avec le droit commun.

Contrairement aux apparences ou aux appréhensions⁵⁹, l'application du droit commun ne pose pas d'énormes difficultés, en théorie comme en pratique. La conciliation est même plutôt naturelle, en fin de compte, dès lors qu'avec le temps la loi administrative s'est le plus souvent

⁵⁸ Ce que le juge a fait en France, pourquoi le législateur ne pourrait-il pas le faire en droit belge, sans (évidemment) aller au-delà des principes ? Comp. C. CAMBIER in *Mélanges Jean Dabin*, *op. cit.*, T. II, 1963, pp. 467 à 469, table des matières à l'appui, reprenant les stades de l'élaboration et la réalisation de la décision administrative pour l'établissement de règles de procédure fondamentales (la normalisation des procédures du pouvoir) éventuellement par types d'activités (autorisation, injonction, autre); C. CAMBIER, *op. cit.*, T. II, 1964, p. 511. Rem. D. LAGASSE, *J.T.*, 2000, p. 28 (vœux pour l'an 2000 en droit administratif) dans le sens de l'invitation à codifier (mais par sous-matières comme l'urbanisme ou l'environnement) les règles du droit administratif belge qui, à défaut d'être encore coutumières ou jurisprudentielles, sont aujourd'hui dispersées dans une multitude de textes éparés qui en rendent l'accès fort compliqué. À vrai dire, la codification reste d'actualité s'agissant de ces textes qui ont précisément pour objet de déroger au droit commun.

⁵⁹ Est-il en définitive si difficile d'admettre que, pour des raisons principalement historiques, les publicistes sont pour une bonne part de leur discipline les "obligés des privatistes" (selon l'expression de J. DEHAUSSY, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XIII, 1960, p. 495) ? L'expression démontre par elle-même que le débat est mal posé de la sorte, car il l'est déjà en termes éminemment subjectifs.

inspirée des principes posés par la jurisprudence administrative française au début du siècle⁶⁰, laquelle, elle-même, s'était préalablement inspirée du droit commun.

Le moment n'est pas encore venu, dans la section 2, d'expliquer les conséquences de l'application conciliante du droit commun en matière d'exécution (section 3). Il convient d'abord d'apprécier son impact pour éviter les idées préconçues. L'on peut toutefois souligner d'entrée de jeu la principale conséquence de la sujétion pour l'analyste. La tâche de ce dernier ne se limite plus à vérifier si les conditions posées par la loi spécifique en matière administrative sont remplies⁶¹. Il doit encore vérifier, au-delà des dérogations, les exigences supplétives du droit commun en la matière.

Section 2. Un système de droit commun

"Il nous est impossible d'indiquer dès à présent, et de prévoir les conséquences que peuvent avoir sur les esprits, et par suite dans la pratique des rectifications du genre de celles que nous proposons; mais nous ne pouvons croire qu'il n'y ait quelque avantage, soit pour l'attrait vers l'étude, soit même pour l'application du droit, à tâcher d'introduire dans une science renaissante la précision du langage, la propriété des termes, la clarté et la logique."

BOUCHENÉ-LEFER⁶²

I. Le droit commun applicable

511. L'objectif. PORTIEZ de l'OISE, dans son Cours de législation administrative, indiquait, dès 1808, que l'action de la société sur les individus doit être recherchée dans les lois administratives et dans les lois judiciaires⁶³. Il ne croyait pas si bien écrire.

Pour identifier en quoi les privilèges dérogent favorablement au droit commun, il faut partir de la manière ordinaire d'exécuter les actes juridiques (les obligations)⁶⁴, avec sa terminologie et ses règles propres.

L'objectif n'est toutefois plus la comparaison. Il est de dépasser le rapprochement entre les droits commun et administratif de l'exécution pour évaluer l'application du premier au

⁶⁰ G. BRAIBANT, in *Mélanges René Chapus*, op. cit., 1992, p. 98.

⁶¹ Comme le soutient en droit français C. SIRAT, op. cit., J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 3).

⁶² BOUCHENÉ-LEFER, op. cit., *Revue pratique de droit français*, 1864, p. 110.

⁶³ BOUCHENÉ-LEFER, op. cit., *Revue pratique de droit français*, 1864, p. 105, note 1. Pour l'auteur, cependant, les premières sont celles appliquées par l'autorité administrative, les secondes celles qui reçoivent leur application par la voie des tribunaux ...

⁶⁴ A. BUTTGEBACH préconise étonnamment une même approche : op. cit., 3^e éd., 1966, première partie, n° 375, pp. 342 et 343.

deuxième, en vertu de la sujétion établie au premier chapitre du titre I. De quoi remettre en cause la "mixité" du droit administratif⁶⁵, sauf que le "test du droit commun" a pour unique but de mieux définir les privilèges étudiés.

Il s'agit donc de concevoir la place et la portée du Code civil et du Code judiciaire dans l'exécution forcée des actes administratifs uniquement. Tel est en quelque sorte le critère de rattachement. Sauf qu'il n'a pas toujours pour effet de déterminer le droit applicable, puisque le droit commun est parfois sujet à dérogations.

512. Plan. Avant d'identifier avec précision les règles communes applicables (II), il faut considérer le droit commun concerné dans son ensemble. Il mène à formuler deux observations utiles pour la suite.

La première est relative à la discrimination entre obligations pécuniaires et non pécuniaires constatée dans la législation concernée (A). La seconde concerne l'application conciliante qu'il y a lieu de faire de cette législation en droit administratif. L'une de ses dispositions est explicite sur ce point (B).

Pour rappel, le droit de l'exécution est une matière particulièrement adaptée à l'application même supplétive du droit commun, à l'instar du domaine de la responsabilité⁶⁶.

A. La discrimination entre obligations pécuniaires et non pécuniaires

513. Une discrimination de droit commun. C'est ici que la réflexion selon laquelle le système français de l'exécution administrative était au départ limité aux obligations non pécuniaires⁶⁷ prend toute son importance. De même d'ailleurs que le constat déjà évoqué selon lequel l'exécution forcée des obligations non pécuniaires ne serait pas entièrement régie par les nombreuses règles du Code judiciaire⁶⁸.

En effet, l'étude du droit privé de l'exécution enseigne qu'à la différence des obligations pécuniaires, les obligations non pécuniaires n'ont pas été aussi bien soignées par le législateur⁶⁹ et, par voie de conséquence, par la doctrine⁷⁰.

⁶⁵ G. DUPUIS, op. cit., T. I, 1962, n° 15, p. 24 : un droit mixte.

⁶⁶ Voy. supra, n° 51.

⁶⁷ Voy. supra, n°s 370 à 372.

⁶⁸ Voy. supra, n°s 127 et 506.

⁶⁹ Pour rappel, le siège de la matière est double. Le droit commun de l'exécution n'est pas le monopole du Code judiciaire. Ce dernier vient plutôt compléter le Code civil, de telle manière qu'il est bien difficile de soutenir le caractère commun de l'un, sans reconnaître le même caractère à l'autre. Les deux codes sont complémentaires dans la matière.

⁷⁰ Que ce soit par les civilistes ou par les processualistes, ces derniers se limitant le plus souvent à mentionner la question des voies d'exécution des condamnations non pécuniaires, sans s'y attarder davantage. Dans ce sens : P. WÉRY, op. cit., 1993, n° 5, pp. 16 et 17. Tel est particulièrement le cas en matière extra-

En l'occurrence, les voies d'exécution réglées par le Code judiciaire concernent principalement les obligations pécuniaires. La réglementation est très détaillée et il n'est dès lors pas étonnant que le législateur s'y soit abondamment référé en matière fiscale, en dépit du fait qu'il s'agisse d'une matière administrative. À vrai dire, il s'agit du droit commun dans la matière. Ce qui explique que la réglementation fiscale soit très complète : elle est indispensable pour déroger au droit commun⁷¹.

L'attestent l'article 2 du Code judiciaire (l'application supplétive de principe du Code judiciaire), étudié ci-dessous (B) et le contrôle de constitutionnalité réalisé par la Cour d'arbitrage sur base des articles 10 et 11 de la Constitution. Ce dernier prend le droit judiciaire pour standard en matière d'exécution et concourt ainsi directement à l'ajustement du droit administratif sur cette discipline.

Par contre, le Code judiciaire ne comporte pas un corps de règles spécifiques applicables à l'exécution forcée des obligations non pécuniaires⁷². L'intitulé du titre III de la cinquième partie du Code judiciaire traite bien "Des exécutions forcées" en général. Mais le titre n'épuise pas le phénomène, puisqu'il est *quasi* exclusivement consacré aux saisies-exécutions qui sont les voies d'exécution des seules obligations pécuniaires. "Les voies d'exécution ne résument (...) pas toute l'exécution"⁷³.

Indépendamment d'un corps de règles spécifiques, il peut néanmoins être soutenu que les obligations non pécuniaires sont régies - en ce qui concerne le Code judiciaire - par les règles préliminaires du titre premier de la cinquième partie du code et par les dispositions générales du chapitre premier du titre III de la même partie. Il y a lieu de combiner ces dispositions judiciaires avec les quelques articles du Code civil qui y sont consacrés (en particulier les articles 1142 à 1145, malgré qu'ils soient situés en matière contractuelle). Au total, cependant, les principes dégagés ne sont pas légion.

contractuelle : du même auteur, "Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle", obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, n° 1, p. 429.

⁷¹ Le réflexe de la réglementation complète permet aussi d'éviter les controverses s'il fallait systématiquement s'en remettre à l'appréciation de la compatibilité, conformément l'article 2 du Code judiciaire.

⁷² P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 5.2, pp. 17 et 18; du même auteur, obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, n° 7, p. 433, col. g.; "Les voies d'exécution des condamnations non pécuniaires : essai de systématisation du droit belge", *Act. dr.*, 1995, n°(a) 1 (et 2), p. 826. Add. G. de LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, "Aperçu des règles communes aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution", in A. FETTWEIS et E. GUTT (dir.), *Les voies conservatoires et d'exécution. Bilan et perspectives*, Editions du Jeune barreau, 1982, n° 91, p. 71; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 8, p. 17; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1992, n° 9, p. 7. Rem. toutefois que d'autres mécanismes que les saisies permettent le recouvrement de sommes d'argent, et inversement certains types de saisies ne sanctionnent pas des créances de sommes (la saisie-revendication et la saisie en matière de contrefaçon) : G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, "Le droit belge : recherche en vue d'une amélioration générale du droit des saisies, face au phénomène social du surendettement et compte tenu des règles consacrées par le droit des États membres de la Communauté européenne", *Act. dr.*, 1995, p. 558.

⁷³ P. HÉBRAUD, *op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, p. 173 et la considération trop radicale selon laquelle les saisies ne tendent qu'au recouvrement de sommes d'argent (p. 191).

514. Une discrimination ancienne. Avant le Code judiciaire, l'ancien Code de procédure civile ne réservait pas un meilleur traitement aux obligations non pécuniaires⁷⁴. Il est dès lors permis de se demander, en définitive, s'il ne faut pas y voir l'explication du développement, en droit français, d'une théorie jurisprudentielle administrative particulière à propos de l'exécution forcée d'office des obligations non pécuniaires contenues dans un acte administratif⁷⁵.

À défaut de règles précises comme en matière pécuniaire, il était en effet souhaitable que les juges interviennent. En droit français, c'est naturellement le juge administratif qui est intervenu en matière administrative non pécuniaire. En matière pécuniaire, par contre, et notamment en ce qui concerne le contentieux fiscal, la compétence revenait au juge judiciaire.

En définitive, la "séparation de fait"⁷⁶ entre les deux catégories d'obligations a donc été renforcée en droit administratif par la dualité du système juridictionnel français. Elle explique en partie la liberté prise par le juge administratif pour "régler" la matière en élaborant un système propre au droit administratif et à ce type d'obligations. La carence en règles visait également le droit commun sur ce point précis.

515. Conséquences. Le constat est important au moment d'évaluer l'impact de l'application pure et simple du droit commun en matière d'exécution forcée administrative.

Il n'est en effet pas établi que le juge administratif ait réellement pris ses distances par rapport au droit commun. Au contraire, une première comparaison a permis de rapprocher avec succès les conditions administratives du droit privé. On peut déjà aller plus loin en confirmant que les deux systèmes, à supposer qu'il y en ait véritablement deux, ont en commun un faible nombre de règles applicables. Ce qui est plutôt de bonne augure en vue d'une réconciliation.

En droit belge, il s'agit surtout de vérifier si l'application du droit commun confirme les conclusions tirées au chapitre précédent, à savoir l'interdiction de l'exécution d'office sauf dans deux hypothèses : en présence d'une dérogation légale expresse ou en cas d'urgente nécessité. Dans le prolongement de la première hypothèse, il faut également évaluer dans quelle mesure le législateur est amené à déroger aux règles communes pour optimiser le privilège lorsqu'il

⁷⁴ P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 5.2, p. 17.

⁷⁵ Comp. *supra*, n° 372.

⁷⁶ L'expression ne doit pas étonner. Certes, la distinction procède du régime juridique distinct pour les deux catégories d'obligations. Mais elle ne paraît pas avoir été délibérée. Elle résulte plutôt de la difficulté à prévoir la multitude des relations et des situations susceptibles d'être rencontrées en matière non pécuniaire. L'irréductibilité de combinaisons infinies aurait ainsi conduit le législateur à en abandonner le "règlement" à la jurisprudence. Voy. les recherches de P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 5.2, pp. 17 et 18, et note 74. Add. n° 86, p. 114. Il ressort expressément du Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, que le législateur s'en remet au juge pour résoudre les difficultés particulières d'une voie d'exécution se soldant le plus souvent, selon lui, par la récupération selon le droit des saisies des frais exposés pour l'exécution : "le juge les résout selon les cas d'espèce soit dans le dispositif de sa décision, soit au cours de la procédure d'exécution sur la demande portée devant lui" (*Pasin.*, 1967, p. 516). On peut toutefois se demander si la difficulté à prescrire un minimum de règles en la matière est aussi élevée que le niveau de risques encourus par le citoyen dans ses droits et ses libertés !

souhaite l'établir de manière ponctuelle. La question dans son ensemble est de savoir, autrement dit, si l'application du droit commun ajoute au "système" belge tel qu'il fonctionne aujourd'hui.

L'entreprise peut paraître complexe compte tenu de l'importante réglementation en matière pécuniaire. On est confronté à la difficulté inverse en matière non pécuniaire, du moins en droit privé, puisqu'en droit administratif le législateur est fréquemment intervenu, comme l'atteste le chapitre premier.

La prévision dénote surtout par rapport à la doctrine actuelle en la matière qui, étonnamment, n'a généralement égard ni à l'existence d'obligations dans l'acte à destination de l'administré, ni à la nature des obligations contenues, ni même aux voies d'exécution matérielle utilisées⁷⁷.

Avant d'étudier successivement les deux catégories d'obligations (II), il convient de prendre en compte l'une des pierres angulaires de l'application concrète du droit commun en matière administrative : l'article 2 du Code judiciaire (B). La disposition prescrit en effet une application conciliante du droit commun en matière administrative.

B. Le principe d'une application conciliante

516. L'article 2 du Code judiciaire. Au terme de l'article 2 du Code judiciaire, les règles énoncées dans le code "s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celles des dispositions dudit code".

La portée de la disposition est limpide : toutes "les règles énoncées dans le Code judiciaire constituent le droit commun de la procédure"⁷⁸. Elles concernent donc également la procédure à suivre dans le cadre d'une exécution forcée⁷⁹. Y compris *a priori*, au niveau du principe, lorsque l'obligation concernée est de nature administrative ou contenue dans un acte administratif.

L'article 2 du Code judiciaire prescrit de la sorte une application conciliante du droit commun en matière administrative. Il introduit de l'huile dans les rouages de la démonstration. Il permet une marge de manœuvre dans l'interprétation. Il rend ainsi vraisemblable la compatibilité des règles judiciaires avec la procédure administrative. Il joue le rôle de modérateur.

⁷⁷ Tel est également le comportement des civilistes, voire même des processualistes, à propos de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Or, "sans obligation, point d'exécution"; toute obligation n'est pas réalisable par la force; et des modes particuliers d'exécution sont organisés par la loi. Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, pp. 16 et 17, n° 5.1 et 5.2. Le constat est important car l'acte administratif contient volontiers des obligations non pécuniaires. Or, comment en assurer l'exécution forcée dès lors que le Code judiciaire ne semble organiser des voies d'exécution que pour les obligations pécuniaires ?

⁷⁸ Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 285, idr.

⁷⁹ Elle est toutefois généralement cantonnée à l'exécution forcée des décisions judiciaires. L'atteste une nouvelle fois M. STORME, "Esquisse d'un nouveau droit de la procédure pour le troisième millénaire", in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, *op. cit.*, 1997, pp. 357 à 378 : le regroupement proposé p. 360 vise uniquement la procédure juridictionnelle (y compris administrative).

À l'inverse, toutefois, la disposition est parfois la source de contestations en doctrine concernant l'application des règles judiciaires en matière administrative. Une incompatibilité de principe est parfois soulevée. Il convient de l'aborder de manière préventive, sous forme de parenthèse.

517. Le risque de l'incompatibilité. Il pourrait en effet être soutenu que les privilèges - principes de droit administratif - s'opposent à l'application des règles judiciaires de l'exécution, par incompatibilité de principe, à l'instar de ce que l'on connaît en matière de procédure administrative.

Pourtant, première objection, aucune disposition générale ne règle l'exécution des actes de manière globale en droit administratif, comme c'est le cas, en revanche, en ce qui concerne les procédures juridictionnelles, en particulier devant le Conseil d'État.

En effet, deux dispositions légales, l'une constitutionnelle (l'article 108 de la Constitution) et l'autre légale (l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État), traitent de l'exécution en matière administrative. Mais l'exécution dont il s'agit n'est toutefois pas identique à celle réglée par le Code judiciaire⁸⁰. La force exécutoire administrative y revêt une portée beaucoup plus large, à l'instar de la décision exécutoire. Elle ne comprend pas toujours l'exécution forcée qui procède d'autres dispositions⁸¹.

⁸⁰ D'autant qu'elle date de la fin du vingtième siècle en droit belge, contrairement au droit français où l'article 3 du décret du 22 juillet 1806, déjà, érigeait en principe général que le recours au Conseil d'État ne suspend pas l'exécution des décisions - sans plus - qui y sont attaquées, sauf dérogation légale et s'il en est autrement ordonné.

⁸¹ Elle comporte, en revanche, l'exécution de la loi par l'adoption de dispositions réglementaires : l'application de la loi au sens large, que l'on rencontre également en droit privé, ne fût-ce qu'en droit des sociétés, et dont on trouve un équivalent en matière réglementaire dans l'article 159 de la Constitution (mais sous l'angle d'une censure juridictionnelle qui paraît d'ailleurs contradictoire avec les privilèges dans leur formulation classique et absolue). L'exécution au sens large n'est pas le seul fait du pouvoir exécutif, mais aussi celui du judiciaire, parfois même celui du législatif lui-même et, faut-il le souligner, de quiconque s'y conforme (voy. M. CAPART, *op. cit.*, 5^e éd., 1950, n° 2, p. 13, inspiré de L. WODON; comp. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VI, 1843, p. 419 : si un débiteur refuse de payer ses dettes, "l'autorité chargée de l'exécution de la loi, le contraint, par jugement, à payer, et la loi s'exécute encore, mais par l'intervention du pouvoir exécutif". Ce à quoi il faut ajouter que s'il paye, en revanche, la loi "s'exécute d'elle-même").

L'exécution par la Roi, visée à l'article 108 de la Constitution, se rapporte au demeurant à la loi, non à l'acte administratif. Aucun enseignement ne peut donc véritablement en être tiré concernant la force exécutoire administrative. De là toute l'ambiguïté d'un pouvoir chargé de l'exécution en général des actes posés par les deux autres pouvoirs, en même temps qu'il est confronté à l'exécution par lui-même de ses propres actes. Il faut éviter les amalgames déjà évoqués sur ce point (n° 416). Y compris au niveau communal, les mesures d'office dont le bourgmestre peut user sont souvent associées à l'exécution des lois, arrêtés et ordonnances de police dont il est chargé (article 133 de la Nouvelle loi communale). Pour un exemple récent : A. COENEN, "La loi du 13 mai 1999 relative aux sanctions administratives dans les communes", *M.C.*, 1999, pp. 546 et 548 (rem. p. 548 le maximum de précautions à prendre), à la suite de J. DEMBOUR, *op. cit.*, 1956, n° 139, p. 177.

C'est inévitablement à ce type d'exécution d'un fondement constitutionnel à la force exécutoire. On y retrouve le terme exécution ou l'un de ses dérivés ou synonymes à plusieurs endroits. Seule une de ces dispositions est toutefois susceptible d'intéresser directement l'acte administratif : elle vient d'être mentionnée. Dans le même sens, plusieurs articles de la Constitution évoquent l'exécution de lois spéciales par la loi (les articles 77, 126 et 162), l'application de peines (l'article 14 et la disposition transitoire des articles 103 et 125) ou encore l'application ou l'exécution d'une disposition (par exemple l'article 81 ou l'article 134). Quant

Deuxième objection à l'incompatibilité procédurale : l'argument tiré de l'article 2 du Code judiciaire ne peut concerner que les règles judiciaires liées à l'exécution, et non les règles civiles principalement concernées en matière non pécuniaire.

Troisième objection : la portée très limitée des privilèges, clairement établie dans les pages qui précèdent, n'est pas en mesure de constituer une objection de principe à l'application des règles judiciaires. Seules la loi administrative et l'urgente nécessité sont en mesure de déroger au droit commun, et d'emporter ainsi des incompatibilités ponctuelles. Il s'agit de vérifier, pour le reste, si l'application pure et simple du droit commun est réellement compatible. En particulier en cas d'urgente nécessité, dont il faut évaluer la portée dérogatoire. À son égard, on s'est déjà attaché à montrer la proximité avec le droit commun des règles tirées de la jurisprudence française. Il pourrait bien s'agir d'une simple application du droit commun.

518. La manie de l'incompatibilité. Comme attendu, le risque de l'incompatibilité de principe s'est concrétisé en doctrine, jusqu'à devenir une manie, voire une obsession.

La théorie générale importée du droit français a conduit une partie de la doctrine, en matière de procédure, à oser soutenir, de manière fort dogmatique, l'incompatibilité des règles judiciaires avec les privilèges. Avec pour résultat d'empêcher l'application supplétive des règles judiciaires, y compris pour "combler les lacunes"⁸² des éventuelles règles ou procédures particulières.

Plus généralement, l'autonomie de la procédure administrative est fermement affirmée, tant par les administrativistes⁸³ que par les privatistes⁸⁴. L'enjeu est pourtant de taille. Il concerne en

à l'article 112, il confie au Roi le droit de battre monnaie en exécution de la loi. Seul l'article 188 dispose que toutes les lois, décrets, arrêtés, règlements et autres actes qui sont contraires à la Constitution sont abrogés à compter du jour où la Constitution sera exécutoire. À noter que quelques autres dispositions constitutionnelles se rapportent à l'idée d'exécution en droit public. Outre l'exercice d'une compétence, plusieurs termes connotent ainsi l'idée de réalisation. Ils sont principalement rencontrés au titre II consacré aux belges et à leurs droits. L'article 12 évoque la poursuite et l'arrestation à l'instar de l'article 59; l'article 15 la "visite" domiciliaire; l'article 16 la privation de propriété; l'article 17 la confiscation de biens; l'article 20 la contrainte à pratiquer une religion. La réalisation y est abordée par la négative afin de protéger les droits et libertés concernées. Il y va de limites imposées à "l'exécution positive" dont il s'agit en l'espèce. Il reste à mentionner l'article 40, alinéa 2 qui vise l'exécution des arrêts et des jugements, certes au nom du Roi, mais sans concerner l'exécution d'actes administratifs.

⁸² A. KOHL, "Le Code judiciaire, droit commun de la procédure", *Ann. fac. dr. Lg.*, 1975, n° 2, p. 404.

⁸³ A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 712, pp. 666 à 668 : les auteurs évoquent le principe de l'autonomie de la procédure administrative, mais sans références convaincantes face au contenu de l'article 2 du Code judiciaire; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 890, p. 872 (principalement sur base d'A. KOHL); E. GONTHIER et R. WITMEUR, "Les mesures provisoires et conservatoires dans la procédure administrative", in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, pp. 322 à 325 (à la suite d'A. KOHL), sp. p. 323; R. WITMEUR, "Quelques réflexions à propos des procédures administrative et judiciaire" (...), *R.D.J.P.*, 1996, p. 32, n° 2 et 3 (*idem*); M. HANOTIAU, "Les particularités de la procédure devant la section d'administration", in *Liber Memorialis 1948-1998*, Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 211, n° 1, et p. 212, n° 5; S. DE TAYE, et W. WEYMEERSCH, *Procedures voor de Raad van State*, Gent, Mys et Breesch, 2000, pp. 4 et 5, n° 1 à 4. Rem. C. LAMBOTTE, *op. cit.*, 1987, pp. 13 à 15, impl., l'auteur ne citant pas la Code judiciaire parmi les sources de la procédure, mais seulement des articles isolés explicitement rendus applicables par le règlement général de procédure; A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, pp. 494 à 502, n° 519 à 525 *quater* : la procédure est uniquement

effet, en sus de la procédure de règlement du litige, ce qui vient ensuite, telle l'astreinte, ou plus largement les règles de procédure liées à l'exécution.

Comme on l'a déjà manifesté, un tel raisonnement n'emporte toutefois pas l'adhésion.

519. Un exemple type : A. KOHL. Il faut d'abord remarquer que l'influence française atteint ici une nouvelle fois son comble, comme il ressort tout particulièrement des écrits d'A. KOHL.

L'auteur étudie très précisément le caractère commun du droit judiciaire de la procédure. Au moment de confronter les règles judiciaires à la procédure administrative contentieuse, l'auteur⁸⁵ affirme *a priori* l'autonomie de la procédure administrative de même que l'inapplication des règles judiciaires, sauf, bien entendu, lorsqu'un texte le prévoit explicitement.

Or, pour tirer une telle conclusion, A. KOHL se réfère explicitement et exclusivement à la doctrine française. Les auteurs concernés sont cités en note. Et le texte mentionne seulement que "La plupart des auteurs ont considéré" l'autonomie, sans préciser l'origine française de l'opinion, pourtant déjà controversée en droit français.

Certes, en France, la plupart des auteurs français relèguent au simple parallélisme l'influence du droit commun sur la procédure administrative, par fidélité à l'organisation de leur contentieux. Mais il n'est pas sûr qu'en droit belge la même conception puisse être transposée purement et simplement, comme le fait A. KOHL. Il est en revanche probable, et en l'espèce une nouvelle fois vérifié, que la conception ait imprégné la doctrine, voire même la législation et la jurisprudence.

Pourtant, la méthode suivie par A. KOHL est pour le moins spéculative. Certes, après le droit français, l'auteur en vient aux sources de droit belge, mais une fois l'*a priori* consommé, une fois les prémisses établies sur des bases contestables, une fois le principe posé, très important eu égard au sujet étudié : la procédure administrative saurait difficilement s'accommoder des règles du droit judiciaire.

présentée sous ses angles particuliers. Comp. P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 188, p. 423, n° 523 : le Conseil d'État est soumis aux principes applicables à toutes les juridictions, mais il est tout de même précisé que c'est la procédure qui s'inspire de celle suivie par les cours et tribunaux, en référant à la loi de 1946. Rem. encore récemment P. GÉRARD, in *Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, n° 1, p. 380 (et n° 6, pp. 383 et 384, avec déférence à A. KOHL) : "à l'autonomie promise et défendue répond une tendance à l'unification du droit de la procédure, qui gagne du terrain".

⁸⁴ A. KOHL, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Lg.*, 1975, n° 120, pp. 530 à 533, sous réserve de la nécessité de combler les lacunes sur des points d'ordre technique.

⁸⁵ *Ibidem*, n° 120, pp. 530 et 531.

"Comment en effet transposer des règles élaborées en fonction d'un certain type d'organisation judiciaire⁸⁶ (...) à des procédures visant à obtenir l'annulation d'un acte administratif *pourvu du privilège du préalable et de l'exécution d'office* ⁸⁷ (...) ?"⁸⁸

Les privilèges prennent de la sorte une importance et une extension pratique démesurées.

520. Le rapport au Régent. Au-delà du cas particulier d'A. KOHL, il faut préciser que le point de vue est général en doctrine et que les références belges citées par les partisans de l'autonomie ne donnent pas vraiment un éclairage différent à la réalité, et pour cause.

Au moment d'organiser le Conseil d'État, le rapport au Régent précédant l'arrêté du 25 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration indique en effet ce qui suit, avec un accent français prononcé, proche de l'arrêt "Blanco" :

"Quoique la procédure suivie devant les cours et tribunaux et celle qui fait l'objet du présent arrêté soient dominées par les principes communs à l'exercice de toute justice, la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État n'en reposera pas moins sur *des règles propres qui devront s'écarter* de celles du Code de procédure civile. La nature même des litiges soumis au Conseil d'État, litiges dont l'élément dominant est l'*intérêt général*, explique à suffisance le caractère spécial de la procédure devant la section d'administration. Ainsi, cette procédure, tout en assurant l'égalité de protection des droits des parties, sera-t-elle une procédure inquisitoire, c'est-à-dire qu'elle sera dirigée par le juge. De plus, l'instruction aura lieu par écrit et la procédure s'inspirera des principes qui caractérisaient celle des matières sommaires. Enfin, la mission de l'auditorat aura un caractère propre"⁸⁹.

L'extrait est régulièrement cité en faveur d'une différence nécessaire de la procédure administrative à tout propos⁹⁰. Il peut pourtant donner lieu à une interprétation modérée. La différence est en effet affirmée d'un triple point de vue. Le reste des règles civiles peut donc être considéré comme étant sauf, sous réserve du principe de la compatibilité qui s'en trouve en quelque sorte confirmé.

⁸⁶ L'auteur mentionne "des procédures dans lesquelles le Ministère public peut intervenir et où les tribunaux disposent d'un pouvoir de pleine juridiction". Mais il va de soi que de telles règles peuvent être écartées au besoin pour incompatibilité avec les règles particulières, au lieu de procéder sur base des principes au sens large.

⁸⁷ L'auteur ajoute: "et portées devant des juridictions fonctionnant sans l'intervention du Ministère public ?" La même remarque qu'à la note précédente s'impose à nouveau.

⁸⁸ *Ibidem*, n° 120, pp. 531 et 532, *id.*

⁸⁹ *M.B.*, 23-24 août 1948, p. 6.822, *id.* Rem. aussi C.E., arrêts Commune de Taminies et Commune d'Auvellais, n° 11.689 et 11.690, 10 mars 1966, *R.A.C.E.*, 1966, p. 207 : le recours en annulation a été institué "non en vue d'intérêts privés dont les parties resteraient maîtresses, mais en vue d'assurer, par le moyen d'une annulation, en même temps que la protection des intérêts légitimes des requérants, la légalité des actes accomplis par l'administration". Dans ces espèces généralement citées en faveur de l'autonomie, le désistement a été considéré comme échappant aux requérants une fois qu'il est demandé. Il ne lie pas le Conseil d'État qui peut le refuser, en l'occurrence lorsqu'il a été négocié ou lorsqu'il est lié à des circonstances étrangères à la légalité. Plus que l'autonomie de la procédure, c'est donc son caractère objectif qui est visé en réalité.

⁹⁰ E. GONTHIER et R. WITMEUR, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, p. 323; R. WITMEUR, *op. cit.*, *R.D.J.P.*, 1996, p. 32, n° 3.

521. L'article 1^{er} du Code judiciaire. Au rapport au Régent, il faut ajouter l'article 1^{er} du Code judiciaire au terme duquel ledit code régit "l'organisation des cours et tribunaux, la compétence et la procédure". La limitation de l'application des règles au pouvoir judiciaire en ressortirait clairement⁹¹.

À cet égard, la rédaction de l'article 1^{er} du Code judiciaire ne paraît pas décisive. À retenir une interprétation purement textuelle de la disposition, en effet, seules les règles relatives à l'organisation sont campées aux cours et tribunaux.

L'article 2 vient conforter l'argument en ce qui concerne la procédure. Le plan du Code également. Seule la deuxième partie est consacrée à l'organisation judiciaire. La troisième partie est consacrée à la compétence, la quatrième à la procédure civile et la cinquième - la plus importante en ce qui concerne les privilèges - aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution. Sans oublier la sixième partie relative à l'arbitrage, dont il peut difficilement être soutenu qu'il soit judiciaire.

Le confirment encore les propos du Commissaire à la réforme du Code judiciaire concernant les règles générales liées aux voies d'exécution⁹², de même qu'une partie de la doctrine⁹³.

522. Les références expresses au Code judiciaire. Plus difficiles à concevoir sont, en revanche, les références expresses à des règles déterminées du Code judiciaire. Elles semblent contester l'application supplétive des règles judiciaires, à défaut d'être inutiles. Or, le règlement de procédure procède régulièrement de la sorte.

À vrai dire, cette manière de procéder est susceptible de deux interprétations opposées. Certains y verront la preuve *a contrario* que les règles judiciaires ne sont pas applicables de manière supplétive. D'autres, à l'inverse, estimeront *a fortiori* que le législateur a simplement voulu confirmer une règle plus générale.

On retrouve le même dilemme dans la jurisprudence du Conseil d'État, dont le point commun des arrêts est l'absence d'indifférence. En l'absence de renvoi, tantôt la Haute juridiction fait une application explicite de règles déterminées du Code judiciaire, en s'appuyant au besoin sur

⁹¹ A. KOHL, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Lg.*, 1975, n° 1, p. 403, mais aussi n° 103, pp. 513 et 514, où l'auteur limite l'application des dispositions judiciaires à la phase judiciaire de la procédure fiscale contentieuse.

⁹² Voy. ci-dessus, n° 516.

⁹³ *Add. expr.* I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Liège*, 1982, pp. 60 et 61; J. SALMON, *op. cit.*, 1994, p. 346 : "Le Code civil s'applique en principe à l'administration et le Code judiciaire supplée au silence du règlement de procédure". *Add. impl.*, en application de l'article 2 du Code judiciaire : P. GILLIAUX, "Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux administratif", in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996, p. 358, très catégoriquement contredit par E. GONTHIER et R. WITMEUR, p. 324; B. HAUBERT, *op. cit.*, *J.L.M.B.*, p. 1205, note 3; en plus de l'arrêt "Zoete", un arrêt sur la portée prétendument limitée de l'arrêt de la Cour de cassation renseigné dans les notes qui suivent concernant l'astreinte : C.E., Rammant, n° 25.491, 18 juin 1985, *R.W.*, 1986-87, col. 311 (sp. 320 et 321) et note. Comp. E. BREMS, "Art. 2 Ger.W.", in X., *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak et rechtsleer*, (1994), sp. n° 42 à 51.

l'article 294. Tantôt elle fait montre d'une grande indépendance⁹⁵, mais sans omettre - et c'est finalement cela l'important⁹⁶ - soit de référer indirectement au Code judiciaire, le plus souvent à travers les principes de droit qui y sont contenus⁹⁷, soit de justifier l'incompatibilité, le plus

94 Rem. sp. C.E., Van den Bosch, n° 43.931, 7 septembre 1993, inédit; C.E., Députation permanente du Conseil provincial de la Flandre orientale, n° 40.040, 15 juillet 1992, R.A.C.E., sp; et C.E., Lebeau et crts, n° 25.593, 30 juillet 1985, R.A.C.E., 1985, sp (l'article 440, al. 2 du Code judiciaire et le mandat de l'avocat non seulement devant les tribunaux judiciaires, mais également devant les juridictions administratives, à défaut d'un texte contraire); C.E., Volders, n° 32.741, 13 juin 1989, inédit. Voy. concernant les règles de la récusation (mais en l'espèce non invoquées en première instance) : C.E., De Heyder, 27 novembre 1956, n° 5.387, R.A.A.C.E., 1956, p. 764, selon lequel "il est vrai que les principes communs à toute administration de la justice et qui sont à la base des dispositions du Code de procédure civile sont applicables aux juridictions administratives". Voy. concernant la computation générale des délais (la "règle générale" de l'article 1033, 3 du Code de procédure civile à défaut d'une loi qui y déroge, finalement introduite à l'article 88 du règlement de procédure en 1968 en ce qui concerne le Conseil d'État) (jurisprudence constante) : C.E., De Martelaere et crts, n° 1.630, 11 juin 1952, R.A.A.C.E., 1952, p. 533; C.E., Commune de Seraing, n° 1.672, 26 juin 1952, R.A.A.C.E., 1952, p. 605 (en matière de tutelle !); C.E., Coryn, n° 2.913, 16 novembre 1953, R.A.A.C.E., 1953, p. 1296; C.E., De Vliegheer, n° 2.973, 7 décembre 1953, R.A.A.C.E., 1953, p. 1393; C.E., d'Huart, n° 5.514, 21 février 1957, R.A.A.C.E., 1957, p. 114; C.E., sprl Volksvelo, n° 5.644, 14 mai 1957, R.A.A.C.E., 1957, p. 317 (dérogation légale); C.E., Baert, n° 8.563, 25 avril 1961, R.A.A.C.E., 1961, p. 382; C.E., Beets, n° 13.441, 14 mars 1969, R.A.A.C.E., 1969, p. 270 (et la jurisprudence citée en note, qui fait le plus souvent application de la règle sans référence au code); C.E., Brennet, n° 13.499, 17 avril 1969, R.A.A.C.E., 1969, p. 400; C.E., Piret, n° 14.372, 26 novembre 1970, R.A.A.C.E., 1970, p. 979; C.E., Office national des pensions pour travailleurs salariés, n° 14.912, 23 septembre 1971, R.A.A.C.E., 1971, p. 934 (sur base des travaux préparatoires du code). Rem. toutefois C.E., Paulus, n° 3.479, 11 juin 1954, R.A.C.E., 1954, p. 562, *contra* sur base du R.G.P.T.; C.E., n.v. Heima, n° 50.365, 24 novembre 1994, Arr. R.v.St., 1994, sp; T.M.R., 1996, p. 85, note W. LAMBRECHTS "Over enkele rechtsplegingsproblemen in het milieurecht", *Rec. Arr. R.v.St.*, 1995, p. 297 et note critique D. LINDEMANS "De toepassing van de termijnregeling van het gerechtelijk wetboek in administratiefrechtelijke zaken", soulignant une controverse doctrinale et judiciaire sur ce point et invitant à voter un texte général; T.B.P., 1995, p. 345 (le déplacement de l'échéance au prochain jour ouvrable n'est pas un principe général de droit applicable dans une procédure - non juridictionnelle - de recours administratif; il est réservé aux actes de procédure au sens des articles 2 et 53 du Code judiciaire et ne figure pas dans le R.G.P.T.; or les principaux bureaux de poste étaient encore ouverts le samedi ...).

95 Par différentes expressions dont la plus marquante est peut-être celle que le Code judiciaire n'est pas applicable en tant que tel (voy. not. l'arrêt "D." ci-dessous, note 98) ou d'application directe (l'arrêt "Vercammen") à la procédure devant le Conseil d'État.

96 En pratique, il faut être conscient que la jurisprudence dépend fortement de la manière dont les actes de procédure sont formulés, en particulier selon qu'un principe général ou le Code judiciaire est évoqué. La réponse du Conseil en est inéluctablement imprégnée, ce qui est souvent décisif pour son interprétation, dans un contexte autonomiste bien établi.

97 Tel est le plus souvent le cas lorsque le Conseil d'État applique une règle présente dans le Code judiciaire. L'arrêt le plus autonomiste est sans doute C.E., Deroep, n° 16.361, 9 avril 1974, R.A.A.C.E., 1974, p. 388 : pour se reconnaître le pouvoir d'écarter des pièces du débat (le droit de police des affaires) en l'absence d'un texte législatif ou réglementaire exprès, le Conseil d'État commence par prendre acte du règlement de procédure (acte réglementaire s'il en est) imposant des règles propres et dérogatoires à celles du Code de procédure civile, mais finit par tirer ce pouvoir d'un "principe de droit, commun à toute administration de la justice", de veiller à ce que le débat mené ne dégénère pas et se déroule avec la bienséance requise ... Comp. C.E., Asa, n° 32.995, 13 septembre 1989, R.A.C.E., 1989, sp, et la violation du principe de la permanence de la composition des juridictions administratives. Pour le reste, la Haute juridiction préfère appliquer un "principe général de procédure" formulé dans un article du Code judiciaire ou ayant reçu application à l'égard des tribunaux de l'ordre judiciaire dans tel article du Code judiciaire. Voy. concernant la demande d'interprétation et l'article 793 du Code judiciaire : C.E., Orban, n° 19.588, 24 avril 1979, R.A.C.E., 1979, p. 434; C.E., Decorte, n° 25.466, 13 juin 1985, R.A.C.E., 1985, sp. Voy. concernant le principe général de droit de l'effet dévolutif de l'appel (article 1068, al. 1^{er} du Code judiciaire) : C.E., Limoge, n° 23.375, 17 juin 1983, R.A.C.E., 1983, p. 1349. La récusation des magistrats de l'auditorat participe par contre directement de l'interprétation de l'article 29, alinéa 2 des lois coordonnées (adapté en conséquence le 25 mai 1999), contrairement à ce qu'il est parfois donné de lire : C.E.,

souvent au moyen d'un texte légal⁹⁸. Bref, une grande psychologie est nécessaire pour interpréter la portée réelle de l'article 2 du Code judiciaire en matière administrative. Et d'autant plus en tenant compte de l'influence française souvent déterminante en la matière.

La jurisprudence de la Cour de cassation, quant à elle, est nettement plus tranchée en faveur de l'application supplétive du Code judiciaire en matière administrative, ce qui ne l'empêche pas de conclure parfois à l'incompatibilité⁹⁹. Tel est également le cas, il faut le mentionner, en matière fiscale¹⁰⁰, dont l'intérêt dépasse largement l'hypothèse du renvoi législatif exprès.

Collart, n° 38.789, 19 février 1992, R.A.C.E., 1992, sp. Ou alors par l'application combinée de l'article 62 de l'arrêt du Régent et des articles 828 et s. du Code judiciaire : C.E., Robert, n° 73.603, 12 mai 1998.

98 Les procédures juridictionnelles administratives font le plus souvent l'objet d'une réglementation relativement détaillée, dont une grande partie est réglementaire sur délégation du pouvoir législatif. En règle, lorsqu'une disposition procédurale existe et est incompatible avec le Code judiciaire, le Conseil d'État prend soin de la mentionner de telle manière que l'article 2 du Code judiciaire prend une subite dimension. Et lorsque la disposition est d'ordre réglementaire, il prend la précaution de faire état de la nature particulière du contentieux dont l'exécution a été confiée au Roi par le législateur. Voy. ainsi concernant les délais de procédure sur base de l'article 4 du règlement de procédure conforme à l'article 30 des lois coordonnées établissant une procédure sommaire : C.E., Mellemans, n° 22.422, 2 juillet 1982, R.A.C.E., 1982, p. 1145 (communication des décisions); C.E., Vercammen, n° 24.689, 26 septembre 1984, R.A.C.E., 1984, p. 1702 (délai de 60 jours). Concernant le contenu de la requête détaillée de manière spécifique par l'article 2, § 1^{er}, 3^e de l'arrêt du Régent : C.E., D., sn, 5 février 1997, R.D.J.P., 1997, p. 291, note E. BREWAEYS, "Het gerechtelijk wetboek : de moeder van alle rechtsplegingen ?". Concernant l'incompatibilité du faux en écriture, fût-ce en vertu du Code judiciaire, dans le cadre de la procédure en révision de l'article 31 des lois coordonnées : C.E., s.a. Neirynck industries, n° 31.885, 1^{er} février 1989, R.A.C.E., 1989, sp, A.P.M., 1989, p. 23, T.B.P., 1989, p. 727. Concernant la règle de la comparaison personnelle en matière disciplinaire, incompatible avec la comparaison par avocat de l'article 728, § 1^{er} du Code judiciaire : C.E., Leiser et crts, n° 30.637, 7 septembre 1988, R.A.C.E., 1988, sp, en mettant en avant le caractère autonome et inquisitorial de la procédure contentieuse administrative. Add. C.E., Sagal, n° 14.802, 10 juin 1971, R.A.A.C.E., 1971, p. 678, dont la formulation autonomiste conduit A. KOHL à s'en prévaloir (*op. cit.*, *Ann. fac. dr. Lg.*, 1975, n° 120, p. 532) : "lorsque l'article 2 du Code judiciaire énonce que les règles du Code s'appliquent à 'toutes les procédures', il ne peut s'agir que des procédures prévues pour les cours et tribunaux qui font l'objet dudit Code et non des procédures organisées par les législations qui régissent spécialement les juridictions administratives". Pourtant, en l'espèce, des dispositions légale et réglementaires précises sont en fin de compte avancées pour éviter l'application de l'article 747 du Code judiciaire devant la Commission d'appel d'agrégation des prisonniers politiques et ayants droit.

99 Rem. Cass., 16 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 430; R.W., 1988-89, p. 1266; Arr. Cass., 1988-89, 474 et concl. conf. proc. gén. E. KRINGS sur base de l'article 2 du Code judiciaire; J.T., 1989, p. 398 : l'introduction d'une demande en inscription de faux devant la députation permanente en matière de taxes communales est inconciliable avec le caractère administratif de la procédure et les principes de droit la régissant (elle aurait dû renvoyer). L'arrêt, alors qu'il recourt au critère de compatibilité, est pourtant cité par E. GONTHIER et R. WITMEUR, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996, p. 323 et note 4, et R. WITMEUR, *op. cit.*, R.D.J.P., 1996, p. 32, n° 3, note 4, contre la considération du Code judiciaire en tant que droit supplétif à la procédure administrative. Rem. aussi Cass., 13 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 456; Arr. Cass., 1989-90, p. 510 : les articles 29 et 30 du Code judiciaire ne sont pas applicables en ce qui concerne les procédures pendantes devant la fois les juridictions ordinaires et le Conseil d'État; C.A., n° 37/93, 19 mai 1993, et l'application de l'article 3 du Code judiciaire, "aucune disposition particulière ni aucun principe de droit" ne s'opposant à la compétence du Conseil d'État en ce qui concerne les recours introduits avant l'entrée en vigueur de l'article 107 de la loi du 20 juillet 1991 concernant les conventions collectives conclues dans un organe paritaire.

100 La jurisprudence est très abondante et montre que les juridictions jouent pleinement le jeu de l'article 2 du Code judiciaire en ce qui concerne la phase judiciaire de la procédure fiscale contentieuse. Voy. not. M. BALTUS, "Aperçu de l'application du Code judiciaire en matière fiscale", *Journ. prat. dr. fisc.*, 1968, pp. 33 à 40 (sp. p. 33 et note 2); A. KOHL, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Lg.*, 1975, n° 103 à 109, pp. 513 à 523, concluant au droit commun de la procédure; J.E. KRINGS, "De toepassing van de regels van het Gerechtelijk Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.", in G. VAN DIEVOET (éd.), *Actuele problemen*

L'argument constitutionnel ne doit toutefois pas être perdu de vue en doctrine, où il est par exemple insuffisant de soutenir qu'aucun motif ne permet d'interdire au Conseil d'État de se référer aux règles judiciaires en dehors de dispositions spécifiques contraires ou incompatibles¹⁰⁶. Dans le prolongement de l'arrêt "La Flandria", le système constitutionnel belge le lui impose directement. Laisser le Conseil d'État libre de déterminer sa procédure participe d'une conception française inadéquate au droit belge¹⁰⁷.

D'autres considérations autonomistes comparables doivent encore être écartées sur cette base. Tel est le cas, en particulier, des propos selon lesquels "La transposition, dans les cas où elle a lieu, ne concerne guère en réalité que des questions d'ordre technique"¹⁰⁸, ou la "seule portée"¹⁰⁹ du Code judiciaire serait de permettre au juge administratif de combler les lacunes des textes administratifs "en cas de nécessité"¹¹⁰.

525. Conclusion. En somme, il convient de donner une autre perspective en doctrine, beaucoup plus simple, et sans doute avec les mêmes résultats en pratique : lorsqu'il intervient, le législateur n'a pas nécessairement la volonté de déroger à toutes les règles du droit commun procédural en matière administrative.

Il faut encore vérifier l'assertion en matière d'exécution forcée, en confrontant les règles judiciaires et les règles administratives afin d'évaluer le degré d'application des premières et le degré de spécificité des secondes (II). L'article 2 du Code judiciaire y invite expressément. La

37, nos 36 à 38; H. DE PAGE, *op. cit.*, T. VIII, 2^e éd., 1962, n° 43, pp. 79 et 80 (sous une formule interrogative, mais au contenu éloquent); J. MERTENS, *op. cit.*, T.B.P., 1951, p. 347. À noter différentes controverses dans l'interprétation à donner aux textes eu égard à l'article 2 du Code judiciaire, entre l'administration, les juges et les particuliers. Rem. N. PIROTTE, *op. cit.*, Act. dr., 1993, pp. 179 à 237, le privilège du préalable étant souvent invoqué par l'administration (controverses en ce qui concerne compétence du juge des saisies, les termes et délais ou les saisies-exécution conservatoires). Rem. plus largement concernant l'application de l'ensemble du droit commun en général (sous réserve des principes d'égalité et de non-discrimination) : P. VAN OMMEFLAGHE, *op. cit.*, J.D.F., 1989, pp. 5 à 32; R.P.D.B., *op. cit.*, T. IV, "Enregistrement", pp. 573 et 574, n° 15 à 21 (le rapport des lois fiscales avec les lois civiles); not. Cass., 23 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 367 et note : les règles de droit civil ne s'appliquent en matière fiscale que dans la mesure où la loi fiscale n'y déroge pas; Cass., 9 juillet 1931, *Pas.*, I, 218 (en termes généraux) : tant que ce dernier n'y a pas dérogé; Cass., 7 juin 1934, *Pas.*, I, 310, impl. et concl. conf. av. gén. GESCHÉ, expl. : "il est de principe en effet que la loi fiscale est servée de la loi civile" (en matière de répétition de l'indu).

¹⁰⁶ Comp. E. GONTHIER et R. WITMEUR, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996, pp. 324 et 325 et R. WITMEUR, *op. cit.*, R.D.J.P., 1996, p. 33, n° 5. Les auteurs sont au départ opposés au caractère supplétif du Code judiciaire. Mais ils plaident en faveur d'une interdiction souple limitée à l'hypothèse dans laquelle les règles de la procédure judiciaire sont en contradiction avec "la nature même de la procédure administrative", ce qui ne serait pas le cas des "questions de techniques procédurales" ou qui les débordent. Il est plus prudent d'élargir le prescrit de l'article 2 à l'économie de la procédure, au lieu de recourir à une nature présumée de la procédure administrative qui, dans d'autres pays, n'existe d'ailleurs même pas.

¹⁰⁷ Pour concrétiser la pensée de P. LECLERCQ, la loi, le seul souverain véritable dans l'État de droit, expression de la volonté de la Nation, s'est liée elle-même en édictant le Code judiciaire (concl. conf. préc. Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 220). Le Gouvernement n'a donc de privilège "que dans la mesure et suivant les formes que la loi détermine" (222).

¹⁰⁸ A. KOHL, *op. cit.*, Ann. fac. dr. Lg., 1975, n° 120, p. 532, ad.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, n° 126, p. 537.

définition de privilèges le commande impérativement. Il n'est pas possible d'être exhaustif à cet égard, de telle manière que seules les règles de base sont abordées.

L'entreprise est compliquée par les lacunes du droit privé en matière non pécuniaire. Il s'impose en conséquence de commencer par elle (A). Il s'agit du principal défi à relever.

II. Les règles communes applicables

A. Une étonnante incertitude en matière non pécuniaire

526. Une lacune du droit privé. L'analyse du droit privé de l'exécution forcée révèle, au-delà de la discrimination entre les obligations pécuniaires et non pécuniaires en droit privé¹¹¹, sa véritable carence en matière non pécuniaire. En l'absence de réglementation précise¹¹², la décision de justice y est considérée comme étant reine. En pratique, l'usage est en effet de se référer aux termes de la décision de justice, c'est-à-dire à son dispositif¹¹³, pour connaître les règles à suivre pour son exécution.

Il est indispensable que, de manière générale (en droit commun), le législateur remédie au plus tôt à cette différence de traitement inexplicable entre les deux catégories d'obligations. Certes, l'exécution en nature des obligations non pécuniaires requiert souvent une exécution forcée particulière, qu'il s'agisse d'une exécution par substitution ou du recours à un moyen de pression comme l'astreinte qui, quant à elle, il faut le remarquer, fait précisément l'objet de l'une des procédures particulières du livre IV de la quatrième partie du Code judiciaire¹¹⁴. L'attitude du législateur n'en reste pas moins très légère dans les autres cas, compte tenu du caractère très sensible de la matière et du risque concret d'abus.

527. Vers une réforme ? Un signe d'une première prise de conscience dans ce sens peut être trouvé dans la loi du 30 novembre 1998 modifiant certaines dispositions du Code judiciaire relatives à la procédure en matière de louage de choses et de la loi du 30 décembre 1975 concernant les biens trouvés en dehors des propriétés privées ou mis sur la voie publique en exécution de jugements d'expulsion (en abrégé : la loi sur l'expulsion du locataire et le sort de

¹¹¹ Voy. *supra*, nos 513 et s.

¹¹² G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 8, p. 17, concernant l'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire. Voy. *supra*, la note 72.

¹¹³ R.P.D.B., "Exécution des jugements et des actes en matière civile", T. V, p. 59, n° 336; P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 86.2, pp. 111 à 114. Sauf lorsqu'il s'agit de revendiquer la propriété, la possession ou la détention d'un objet mobilier, auquel cas les articles 1462 à 1466 du Code judiciaire organisent la saisie-revendication sur le mode de la saisie mobilière conservatoire. Rem. encore G. de LEVAL, J. VAN COMPENOLLE, in A. FETTWIS et E. GUTT (dir.), *op. cit.*, 1982, n° 91, p. 71 : les auteurs attirent l'attention sur les difficultés de l'imprécision du titre exécutoire relatif à une obligation non pécuniaire dont l'exécution n'est pas minutieusement régie par la cinquième partie du Code judiciaire (il n'existe pas de réglementation particulière), et requérant ainsi parfois un détour, au besoin volontaire par l'intermédiaire de l'huissier de justice, par le juge des saisies; E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, 1992, n° 9, p. 7 et l'importance du libellé des jugements.

¹¹⁴ L'apposition des scellés ou l'octroi des délais de grâce figurent également dans cette partie.

ses biens)¹¹⁵. L'objectif avéré était d'humaniser les expulsions (et lutter ainsi contre la pauvreté)¹¹⁶, notamment face au comportement de certains juges qui permettaient parfois l'expulsion dans des délais très courts¹¹⁷.

Tel est bien le risque de juges entièrement laissés à eux-mêmes. Ils ne parviennent pas toujours à se représenter les difficultés pratiques des dispositifs établis.

Dans la matière, de véritables usages ou coutumes étaient de la sorte établis selon les cantons judiciaires. Ils l'étaient certes sur base de raisonnements souvent analogiques avec les règles judiciaires applicables en matière d'obligations pécuniaires¹¹⁸. Mais la garantie du droit ne requiert-elle pas mieux que l'habitude¹¹⁹ ?

Les observations formulées par G. de LEVAL, auditionné par la Chambre des représentants au moment d'élaborer la loi sur les expulsions¹²⁰, sont particulièrement éclairantes à cet égard.

L'auteur constate en effet que les dispositions à l'examen sont insérées parmi les procédures particulières prévues au livre IV de la quatrième partie du Code judiciaire, consacrée à la procédure civile. Il s'interroge ainsi sur l'opportunité de leur emplacement dans cette partie du code consacrée aux saisies conservatoires et voies d'exécution et qui concerne uniquement, selon lui (rem. p. 21)¹²¹, les exécutions en vue d'obtenir le paiement d'une somme d'argent, alors que les dispositions encore projetées visent l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire. "Cette matière est la moins réglementée dans le domaine de l'expulsion : c'est dire l'extrême importance, non seulement des jugements en la matière, car *c'est eux qui énoncent la procédure d'expulsion*, mais surtout du projet soumis à l'examen de la commission de la Justice" (pp. 14 et 15, idr).

L'auteur préconise ainsi la création dans le Code judiciaire d'une nouvelle partie *Vbis* relative aux obligations de faire, faisant référence au droit constitutionnel au logement, "d'autant plus

¹¹⁵ Voy. les articles 1344*bis* à *sexies* du Code judiciaire.

¹¹⁶ Rapport, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/8, p. 2.

¹¹⁷ Intervention, *ibidem*, p. 12.

¹¹⁸ L. STERCKX constate à cet égard que la nouvelle loi consacre pour l'essentiel la jurisprudence habituelle en la matière, que ce soit des juges ou des huissiers de justice, même à défaut de règles précises (délai d'un mois entre la signification et l'expulsion avec avertissement des occupants cinq jours avant l'expulsion proprement dite, sauf célérité extrême justifiée par la crainte de dégradations ou représailles fondée sur des éléments précis et concordants) : "La loi du 30 novembre 1998 sur l'expulsion du locataire et le sort de ses biens", *Rev. not. b.*, 1999, p. 168. Un intervenant s'est même demandé si le projet ne visait pas "à créer l'illusion que l'on tente de remédier à la situation" (*doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/8, p. 8), sauf pour 25 pour-cent des huissiers qui ne prendraient pas déjà l'initiative de prévenir le C.P.A.S. avant d'expulser. Pour d'autres, ce pourcentage justifiait évidemment l'intervention du législateur.

¹¹⁹ Il est d'autant plus inexplicable que la procédure d'expulsion n'ait pas été réglée plus tôt que l'article 591 du même Code attribue expressément au juge de paix la compétence exclusive relative aux demandes en expulsion de lieux occupés sans droit.

¹²⁰ *Doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/8, pp. 14 à 25, ici pp. 14, 15 et 21.

¹²¹ À l'instar de la cinquième partie. À la différence de cette dernière, pourtant, la quatrième partie traite tout autant de l'apposition et de la levée des scellés, de l'inventaire, de l'interdiction, des droits de garde et de visite transfrontière, des actions possessoires, de la rectification des actes de l'état civil, etc.

que les dispositions relatives au surendettement seront insérées dans la partie 5 du Code judiciaire" (p. 21)¹²².

528. Conséquences. En l'absence d'une réforme à l'heure actuelle, la lacune du droit privé est cruciale dans le cadre de la démonstration.

D'une part, en effet, les justiciables ne sont pas seuls à être plongés dans l'incertitude, voire livrés à la discrétion des juges. Le sont aussi les administrativistes, pourtant en quête de certitudes au moment de comparer les règles civiles et administratives, afin de déceler l'éventuelle réalité d'un privilège à cet égard. La certitude du droit privé est, pour eux, une utopie¹²³.

D'autre part et surtout, contre toute attente au moment de prôner la sujétion administrative au droit commun, l'incertitude conduit à reconnaître un espace de liberté démesuré à l'autorité administrative investie du privilège du préalable. En vertu de ce dernier, l'autorité est en effet dispensée de recourir au juge. Le seul garant prévu par le législateur pour assurer une exécution forcée équitable en matière non pécuniaire disparaît donc avec le privilège. Les seules contraintes qui restent sont les règles de bonne administration, au-delà des quelques règles judiciaires évidentes.

Paradoxalement, le constat est de nature à rassurer la plupart des administrativistes certainement inquiets à l'idée purement abstraite d'appliquer le droit commun en matière administrative, en particulier dans le domaine de l'exécution forcée. Désormais, l'enjeu doit leur paraître très réduit, en l'absence d'une réglementation détaillée en matière non pécuniaire. La révolution attendue s'avère être une simple réarticulation.

En même temps, la sujétion de principe au droit commun est désormais clairement envisageable. Elle ne peut plus être écartée de manière péremptoire.

529. L'enjeu demeure. À vrai dire, l'enjeu du droit commun demeure même en l'absence d'une réglementation détaillée. Les quelques règles applicables peuvent s'avérer très précieuses s'il apparaissait, par exemple, qu'elles correspondent à celles dégagées au chapitre 1 en droit administratif.

¹²² Rem. encore sa suggestion réitérée p. 24 de "détacher la matière de celle des baux de façon à lui donner une portée générale", la remarque devant toutefois être comprise comme invitant le législateur à ne pas cantonner le règlement de l'expulsion à l'hypothèse du bail (ce qu'il n'a pas fait de manière générale, certains parlementaires excluant même implicitement de son champ d'application les expulsions qui seraient poursuivies sur pied d'un acte notarié). Par ailleurs, il faut noter qu'une proposition de loi de Mme de T'SERCLAES préconisait déjà la création d'une cinquième partie *bis*, réservée aux expulsions, mais susceptible "à l'avenir de contenir d'autres articles relatifs à d'autres mesures d'exécution en nature" (*doc. parl.*, s.e. 1995, n° 35/1, ici p. 2, proposition rappelée aux députés par voie d'amendements, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/3).

¹²³ Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. I, 1982 (année 1954-1955), "Régimes de droit public et régimes de droit privé", sp. p. 359. Avec le recul, tel est vraisemblablement l'aspect qui dérange le plus les adversaires du caractère exécutoire en matière d'obligations non pécuniaires concernant les actes notariés.

D'ores et déjà, ces règles permettent d'écarter définitivement toute conception générale des privilèges : l'administration privilégiée ne dispose pas d'un blanc-seing. Et s'il règne une incertitude quant à l'application d'autres règles, elle vaut dans les deux sens. La sécurité juridique n'est acquise pour personne. Ces règles dépendent de la discrétion plus ou moins éclairée des juges, qui peuvent les appliquer comme les écarter.

En attendant, l'incertitude a des effets boule de neige. Elle explique probablement le peu de cas fait en doctrine à l'égard de l'exécution forcée des obligations non pécuniaires¹²⁴. Ce qui n'est pas de nature à diminuer la véritable insécurité juridique dans la matière¹²⁵. Le terrain est en grande partie "en friche"¹²⁶.

Cet état du droit privé explique la manière de procéder dans les pages qui suivent. Dans une étude consacrée au droit administratif, il n'est en effet pas envisageable de s'attacher à résoudre l'incertitude dénoncée, face à laquelle les civilistes eux-mêmes semblent dépourvus.

En même temps, il convient de tracer un certain nombre de pistes. Certes, on ne relèvera pas une à une et dans le détail, au terme d'un long processus d'identification, les règles applicables ou susceptibles de l'être, par leur formulation générale, à l'exécution des obligations non pécuniaires contenues dans les actes administratifs. On veillera toutefois à ne pas manquer le vraisemblable qui peut aider dans le rapprochement entre les deux disciplines.

Sans doute pourra-t-on en déduire, en fin de compte, qu'il n'était pas nécessaire de recevoir un système jurisprudentiel spécifique pour discipliner les acteurs de la vie administrative. Peut-être les quelques règles du droit commun de l'exécution non pécuniaire étaient-elles suffisantes, mais à condition, encore, de bien vouloir s'y référer.

530. Des règles générales applicables. En matière non pécuniaire, sont concernées *a priori* tant les règles particulières du Code civil contenues dans le livre III, titre III, chapitre III, section III, et consacrées aux effets de l'obligation de faire ou de ne pas faire, que (et principalement) les dispositions générales du chapitre premier à la fois du titre premier et du titre III de la cinquième partie du Code judiciaire, sauf si ces règles ou dispositions établissent le contraire. En droit belge, toutes ces dispositions sont en effet censées s'appliquer à l'exécution administrative, à défaut de dérogation légale, en vertu du principe de la sujétion.

Les commentaires du Commissaire royal à la réforme judiciaire sont plutôt encourageants à cet égard. En ce qui concerne le Code judiciaire, ils établissent clairement que les dispositions

¹²⁴ P. WÉRY, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, n° 3, p. 826. La problématique n'a guère retenu l'attention.

¹²⁵ P. WÉRY essaie précisément de systématiser le droit belge concernant les voies d'exécution des condamnations non pécuniaires. Rem. le titre de son article in *Act. dr.*, 1995, p. 825 : "Les voies d'exécution des condamnations non pécuniaires : essai de systématisation du droit belge". En pratique, les huissiers (consultés) doivent composer avec une incertitude telle que l'absence de règles précises conduit soit à des clauses exonératoires de responsabilité, soit à l'excès de prudence et aux démarches inutiles qui finissent par priver le particulier d'une grande partie de l'efficacité de leurs droits. Il faut savoir que les huissiers officient le plus souvent dans l'urgence et qu'ils sont souvent amenés à décider sur le terrain, sur place et sur le champs, loin des recueils de jurisprudence. Bref, plus que toute autre profession, ils ont besoin de règles claires et précises.

¹²⁶ P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 16, n° 5; *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, n° 4, p. 826.

générales mentionnées s'appliquent à toutes les exécutions forcées, quels qu'en soient la nature ou l'objet¹²⁷. Les principes qui y sont énoncés concernent, d'une manière générale, toutes les mesures consistant à assurer, par la contrainte, l'accomplissement de l'obligation du débiteur¹²⁸. "L'exécution forcée peut avoir lieu en vertu tant d'un acte authentique que d'un jugement. (...) Les mots "titre exécutoire" doivent donc être repris dans leur acception la plus large"¹²⁹. Il y va de règles formant "un tout homogène", susceptibles d'une interprétation générale et uniforme et conduisant à l'élaboration d'une théorie des voies d'exécution¹³⁰. Dépendent de ces règles l'efficacité et l'autorité même du droit, pas seulement de la justice¹³¹. Aussi, "Leur application n'est pas limitée à l'exécution des décisions judiciaires; elle s'étend à l'exécution de tous titres exécutoires. Des lois spéciales ont institué des procédures particulières d'exécution qui dérogent en tout ou en partie aux règles générales établies par le code. Si ces dérogations sont partielles, les dispositions du Code judiciaire restent applicables à tout ce qui n'a pas été expressément réglé par ces lois"¹³². Le Code judiciaire est en quelque sorte incontournable.

Il y a toutefois lieu de combiner les règles judiciaires avec les règles civiles. En effet, le Code civil s'inscrit en amont du Code judiciaire. Ce dernier lui est donc complémentaire en matière

¹²⁷ R. LIÉNARD, "Saisies conservatoires et voies d'exécution", *Ann. dr. Louvain*, 1968, pp. 472 et 473; E. GUTT et A. STRANART-THILLY, "Examen de jurisprudence (1965 à 1970). Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.*, 1974, n° 135, p. 672. Il faudrait ajouter : à l'exception des dispositions générales qui indiquent expressément qu'elles concernent uniquement les saisies. D'après le Commissaire royal à la réforme du Code judiciaire, "L'exécution forcée se traduit normalement par l'exécution sur les biens mobiliers et immobiliers du débiteur : c'est à en définir les règles et les formes que le Code en projet doit donc s'attacher. On n'exclut pas pour autant les applications que comportent les obligations de donner ou de faire dont le créancier peut en certains cas assurer l'accomplissement (...)" (référence expresse est ensuite faite à l'article 1144 du Code civil) (Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 516). *Add. P. WÉRY, op. cit.*, 1993, n° 5, p. 18 et n° 83, pp. 106 et 107.

¹²⁸ E. GUTT et A. STRANART-THILLY, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1974, n° 135, p. 671. Selon le Commissaire royal à la réforme du Code judiciaire, l'intitulé "voies d'exécution" tel qu'il figure dans le projet de réforme en tête du titre III de la cinquième partie du Code, " (...) s'applique le plus souvent aux saisies et à la vente forcée. Mais il a certes en théorie une portée plus étendue. Les voies d'exécution consistent à la lettre à assurer par la contrainte l'accomplissement de l'obligation du débiteur" (Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 516). L'intitulé définitif "Des exécutions forcées" "garde la même signification globale et désigne toutes les mesures consistant à assurer par la contrainte l'accomplissement de l'obligation du débiteur, quelle que soit la nature de cette obligation" (R. LIÉNARD, *op. cit.*, *Ann. dr. Louvain*, 1968, p. 473).

¹²⁹ Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 517. À tort, semble-t-il, plusieurs auteurs limitent la qualité de titre exécutoire au jugement et à l'acte notarié, mais sans exclure pour autant un autre type d'actes : R. LIÉNARD, *op. cit.*, *Ann. dr. Louvain*, 1968, p. 473; E. GUTT et A. STRANART-THILLY, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1974, n° 135, p. 671.

¹³⁰ E. KRINGS, "Les saisies conservatoires et les voies d'exécution", in *Étude du projet de Code judiciaire, Séminaire de Ligneuville*, Liège, 1966, p. 131; E. GUTT et A. STRANART-THILLY, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1974, n° 125, p. 643.

¹³¹ Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 494.

¹³² *Ibidem*, p. 495. Le raisonnement n'est évidemment pas isolé. En ce qui concerne les règles de droit civil, elles sont d'application dans les matières régies par des lois spécifiques uniquement dans la mesure où ces lois n'y dérogent ni expressément ni implicitement. Tel est par exemple le cas de la répétition de l'indu en matière fiscale (Cass., 21 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 104 - cinq arrêts analogues -; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, *J.T.*, 1996, p. 697, n° 21 et la jurisprudence citée).

d'exécution forcée. Ce que résume adroitement la formule selon laquelle "la question des effets de l'obligation participe tout autant du droit substantiel que du droit processuel"¹³³.

Le rapport du Commissaire royal confirme cette analyse : "Les principes qui sont à la base de l'exécution forcée ressortissent au droit civil"¹³⁴. Aussi, non seulement les obligations non pécuniaires ne sauraient pas avoir été omises par le Code judiciaire, mais le Commissaire royal renvoie au Code civil ou au juge, selon le cas, si des difficultés particulières se présentaient à propos des voies d'exécution de telles obligations¹³⁵. En outre, les règles relatives à l'exécution volontaire ou forcée s'appliquent en principe à toute obligation, quelle qu'en soit la source. Telle est du moins l'opinion des civilistes qui rassemblent ainsi les obligations contractuelles et délictuelles¹³⁶.

En somme, le texte et la portée générale des dispositions concernées permettent d'envisager leur application aux obligations administratives, en l'absence de textes spécifiques¹³⁷, ce que les conclusions du titre premier ont précisément enseigné¹³⁸.

531. Des règles liées à l'ordre public. À cela, il faut ajouter, au-delà du texte, le caractère d'ordre public des règles relatives aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution quant à leur principe¹³⁹. Par là, les auteurs ne veulent pas signifier que toutes les dispositions de la cinquième partie du Code judiciaire sont nécessairement d'ordre public ou impératives¹⁴⁰, mais bien que, d'un autre côté, chaque fois qu'il s'agit d'assurer l'exécution forcée, le législateur établit des formes auxquelles les parties ne peuvent pas se soustraire.

¹³³ P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 82, p. 106.

¹³⁴ Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 516. Le Code civil précède ainsi le Code judiciaire ou l'ancien Code de procédure civile, puisque c'est dans le premier que sont énoncés les principes fondamentaux qui gouvernent les divers modes de contrainte.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 516 et l'analyse de P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 5.2.b, pp. 18 et 19. *Contra* : A. FETTWEIS, *op. cit.*, 2^e éd., 1987, n° 949, p. 599, note 4. Selon l'auteur, l'exécution en nature des articles 1143 et 1144 du Code civil, la transcription d'une décision et les mesures de coercition sur la personne constitueraient des cas d'exécution non régis par la cinquième partie du Code judiciaire.

¹³⁶ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, J.T., 1996, p. 689, n° 1.

¹³⁷ Pourtant, dans le *Répertoire de procédure civile et commerciale* Dalloz, sous le verbo consacré à l'exécution des jugements et des actes, les actes administratifs exécutoires sont volontairement omis des titres exécutoires nécessaires à l'exécution forcée (n° 11, p. 938). Or, le Commissaire royal se réfère précisément au Répertoire au moment d'indiquer l'acception la plus large des mots "titre exécutoire" (Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 517). L'omission volontaire décidée par le Répertoire est toutefois expressément justifiée par les limites de l'étude à la procédure civile et commerciale. La mise de côté indique par ailleurs clairement qu'il s'agit de titres exécutoires que l'on préfère ne pas aborder. Plus exactement, le libellé laisse comprendre que tous les actes administratifs ne sont pas exécutoires au sens judiciaire et qu'ils ne constituent des titres exécutoires qu'en vertu d'un privilège reconnu à l'administration "de ne pas être obligée en droit de revêtir de la formule exécutoire certaines de ses décisions" (n° 11, p. 938).

¹³⁸ Le Code civil s'applique en effet aux pouvoirs publics en l'absence de dérogations parfois contenues dans le code lui-même (en ce qui concerne le domaine public, voy. ainsi les articles 537 et s.).

¹³⁹ A. FETTWEIS, *op. cit.*, 1987, n° 955, p. 603 (et p. 618, n° 983); G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 4, pp. 9 et 10; E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, 1992, n° 3, p. 2 et 3; P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 206, pp. 283 et 284; K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996, p. 292, n° 2.

¹⁴⁰ A. FETTWEIS, *op. cit.*, 1987, p. 603, n° 955 et note 2.

En effet, les dispositions concernent le recours à la force monopolisée par l'État. Elles ont pour but de protéger la propriété des débiteurs mais aussi des tiers, en particulier celle des autres créanciers des débiteurs. Telle est au demeurant la portée concrète de l'article 1626 du Code judiciaire en ce qui concerne les obligations de sommes¹⁴¹.

Il faut voir, dans le caractère d'ordre public de ces dispositions, un encouragement à appliquer celles qui conviennent en matière non pécuniaire. Voire même une exhortation à la sujétion administrative.

532. Les termes et délais. En définitive, la différence entre les matières pécuniaires et non pécuniaires devrait surtout concerner le nombre de dispositions judiciaires à respecter, une fois levée l'incertitude de leur application en matière non pécuniaire. En effet, peu de règles sont d'un réel secours pour encadrer l'exécution forcée des obligations non pécuniaires¹⁴². Il y en a, néanmoins, et non des moindres. Applicables à l'ensemble des obligations, elles forment une sorte de noyau dur procédural qui constitue véritablement le droit commun en la matière. Elles en ont le potentiel.

À cette distinction s'ajoute cependant celle fondée sur la source des obligations, selon que celles-ci figurent dans une décision de justice ou dans un autre acte juridique. Certaines dispositions générales limitent en effet leur champ d'application aux décisions de justice, comme il peut arriver que d'autres réservent leur dispositif aux autres actes juridiques.

La faculté d'obtenir des termes et délais pour l'exécution "volontaire", par exemple, est réservée aux actes authentiques autres qu'un jugement par l'article 1334 du Code judiciaire. Il faut en tenir compte dès lors que l'acte administratif n'est pas une décision de justice et que l'article 1244 du Code civil, en aval du premier, ne requiert ni acte authentique ni commandement¹⁴³ et qu'il n'est pas limité aux saisies.

¹⁴¹ Au terme de cet article, il n'est pas permis de convenir qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers le créancier, celui-ci aurait le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie-exécution immobilière. Une telle clause est nulle et non avenue. L'article 1626 le dispose expressément. Il fait de l'intervention judiciaire un préalable incontournable à l'obtention d'un titre exécutoire - toujours sauf dérogation légale expresse en sens contraire -.

¹⁴² Rem. E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, 1992, n° 9 à 12, pp. 7 à 9, en ce qui concerne les décisions de justice.

¹⁴³ La question est déjà controversée en cas de saisie fondée sur un titre exécutoire fiscal, sur base de l'article 2 du Code judiciaire et de dispositions particulières, telles les articles 303 et 304 du code des impôts sur les revenus qui fixent les délais de paiement sans prévoir de prolongation. Comp. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, J.T., 1996, p. 827, n° 16. Voy. pro G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 477 et notes 2071 et 2072, ainsi que N. PIROTTE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1993, pp. 188 et s., J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, pp. 88 à 91, et G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, pp. 506 et 507 prévoyant, malgré une jurisprudence actuellement défavorable, un sursaut d'actualité à cet égard, notamment sur base des articles 10 et 11 de la Constitution; obs. de LEVAL sous Bruxelles, 16 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 11 (arrêt non catégorique mais *contra*). Que (pré)dire alors en matière non pécuniaire ? Rem. cependant en ce qui concerne les décisions de justice en matière d'expulsion, en vertu des articles 1244 et 1184 du Code civil : *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/8, sp. pp. 10 et 17; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, J.T., 1999, p. 827, n° 14. Et concernant l'article 1410, § 4 du Code judiciaire : E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, n° 16, pp. 122 et 123 et la jurisprudence citée.

533. La signification préalable à saisie. À l'inverse, l'article 1495 du Code judiciaire, comme tel, paraît limiter la règle de la signification préalable à saisie, prescrite à peine de nullité des actes d'exécution, aux décisions qui prononcent une condamnation (seules les condamnations au paiement d'une somme d'argent emportent au demeurant le respect d'un délai obligatoire d'un mois suivant la signification, sauf exécution provisoire¹⁴⁴)¹⁴⁵.

Le caractère général de la disposition, à en croire l'intitulé du chapitre au sein duquel elle figure, peut sembler vouloir laisser comprendre le contraire.

De plus, ne peut-il pas être considéré, à l'instar de la manière dont le juge administratif procède parfois pour appliquer le droit judiciaire¹⁴⁶, qu'il s'agit en réalité d'un principe général consacré dans le Code judiciaire¹⁴⁷ ?

D'autant qu'en matière administrative, la notification préalable est généralement présentée comme relevant d'une bonne administration¹⁴⁸, pour autant qu'elle ne soit pas prévue par les

¹⁴⁴ Un objectif de la récente loi sur l'expulsion était précisément d'imposer un délai d'un mois entre la signification et l'exécution, à défaut d'une autre prescription dans le jugement. En effet, "un jugement comportant une condamnation à une obligation autre qu'une somme d'argent, est exécutoire dès la signification même s'il n'est pas exécutoire par provision" (G. de LEVAL, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/8, p. 17), sauf appel ou opposition. Jurisprudence et doctrine s'accorderaient néanmoins pour donner à la disposition une portée en matière non pécuniaire (P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 85, p. 109 et références note 73 ne contenant pas d'arrêt de la Cour de cassation), mais uniquement en présence d'un jugement (G. de LEVAL, *in doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/8, p. 17 (audition); Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967, p. 517). Dès lors, pourquoi ne pas étendre le raisonnement en droit administratif, par analogie, ou alors en recourant aux principes généraux ?

¹⁴⁵ Ainsi, l'acte notarié ne fait pas l'objet d'une signification préalable au commandement.

¹⁴⁶ Voy. *supra*, n° 522.

¹⁴⁷ Y compris le délai d'un mois, la plupart des juges observant au demeurant déjà la règle.

¹⁴⁸ Une sorte d'application du principe du contradictoire et du respect des droits de la défense, sauf urgence particulière. Comp. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 163bis et *ter*, pp. 385 et 387. Add. J. SAROT et W. DEROOVER, "Le droit de la défense devant l'administration et le juge de celle-ci", *A.P.T.*, 1984, pp. 193 à 204; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 123, pp. 130 et 131 : la règle de l'audition préalable à l'adoption d'une mesure grave de police s'est progressivement imposée en jurisprudence, sur base du principe de bonne administration (récemment C.E., Persyn, n° 76.577, 21 octobre 1998; mais pas lorsque la mesure n'est pas grave, tel le refus d'octroyer un supplément de traitement modeste *in* C.E., Bourtembourg, 17 novembre 1999, *J.C.E.*, 2000, p. 65), si bien que la mise en demeure paraît indiquée, sauf éventuellement en cas d'urgence. Il n'en reste pas moins que la mise en demeure n'est pas obligatoire en soi, tant qu'aucune règle n'exige qu'elle soit préalablement adressée : en cas d'atteinte grave à la propriété, il suffit d'être mis en mesure (non en demeure) de faire connaître ses observations au sujet d'une décision projetée et annoncée (par exemple C.E. (extr.urg.), Gilson et crts, n° 58.443, 1^{er} mars 1996, *Droit communal*, 1997, p. 106 et la convocation à une réunion durant laquelle la décision avait été annoncée; comp. corr. Dinant, 16 juin 1880, *Pas.*, 1881, III, 110 et l'ordre verbalement fait de démolir un bâtiment menaçant ruine). À défaut de texte, autrement dit, les juges ont parfois tendance à se retrancher derrière l'absence de prescription légale ou réglementaire dans ce sens. Comp. Bruxelles, 3 août 1857, *Pas.*, 1857, 386 et *B.J.*, 1858, col. 241. Rem. l'effet du délai raisonnable parfois inverse à celui de laisser le temps suffisant de s'exécuter, avec C.E., Yarti, n° 43.471, 24 juin 1993, *Arr. R.v.St.*, 1993, sp; *Rev. dr. étr.*, 1994 (abrégé), p. 55 et l'obligation de respecter les formalités légales dans un délai raisonnable : la signification tardive (après trois ans) et non justifiée d'un arrêté royal d'expulsion pour atteinte grave à l'ordre public est contradictoire avec la menace *actuelle* que doit représenter la présence de l'intéressé sur le territoire au terme de la loi (suspension). Rem. aussi la nécessité d'un préjudice pour invoquer utilement la faute de n'avoir pas mis en demeure et/ou donné un délai raisonnable pour s'exécuter : Liège, 19 novembre 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 90 (sommaire), en l'espèce la perte du bois d'arbres malades enlevés par l'entreprise d'abattage.

textes¹⁴⁹. Le principe est comparable. L'esprit est en tout cas identique : la formalité de la signification est destinée à permettre au débiteur de prendre connaissance du titre invoqué contre lui et de faire valoir ses éventuels moyens de défense¹⁵⁰.

534. La mise en demeure. En soi, cependant, la signification est une formalité spécifique trop rigide pour constituer un principe général. Tel n'est pas le cas, en revanche, de la mise en demeure ou de la sommation. En amont du Code judiciaire, l'article 1139 du Code civil s'y rapporte directement. Et la Cour de cassation y a précisément décelé un principe général de droit applicable à toute sanction civile¹⁵¹ (à l'inexécution de toute obligation). On peut donc augurer qu'il trouvera également sa place en droit administratif, sous l'effet de la sujétion, sauf dérogation légale¹⁵². D'autant que la mise en demeure préalable à la mise en œuvre de son droit est requise en droit civil, surtout en présence d'une "clause d'exécution d'office"¹⁵³ ou à l'occasion d'une mesure tolérée de justice privée¹⁵⁴.

Peu importe ici la question du transfert des risques réalisé par la mise en demeure en matière contractuelle. L'élément pertinent est autre. Il se rapporte aux droits de la défense¹⁵⁵ et au primat de l'exécution volontaire et en nature¹⁵⁶. À cet égard, la mise en demeure (et la

¹⁴⁹ Il n'est pas rare que ce soit le cas, en particulier par lettre recommandée. Même à défaut, la précaution peut être prise.

¹⁵⁰ G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 566.

¹⁵¹ Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, 887; *R.W.*, 1976-1977, p. 921 et note.

¹⁵² L'urgence, en particulier, lorsqu'elle figure dans un texte, est susceptible d'emporter une incompatibilité avec le principe, à apprécier *in concreto*.

¹⁵³ Une telle clause permet au créancier de substituer un tiers à son débiteur défaillant, aux frais de celui-ci. Il s'agit d'une sorte de remplacement conventionnel. Le créancier ne peut s'en prévaloir que s'il a préalablement mis en demeure son débiteur : Mons, 25 janvier 1993, *Entr. et dr.*, 1993, p. 371; P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, pp. 287 et s. Cela dit, la clause ne permet pas le recours à la force.

¹⁵⁴ En cas de résolution unilatérale du contrat ou de remplacement d'office du débiteur défaillant, tolérés par les cours et tribunaux dans certaines circonstances, ceux-ci exigent, au titre de la bonne foi, qu'une dernière chance soit laissée au débiteur de s'exécuter ou qu'un minimum il soit averti : Liège, 27 mai 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1017 et obs. C. PARMENTIER, p. 1019. Tel devrait également être le cas lorsque le créancier se prévaut de l'exception d'inexécution (doctrine et jurisprudence minoritaires dont S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY rendent compte *op. cit.*, *J.T.*, 1996, pp. 718 et 719, n° 86, c).

¹⁵⁵ Comp. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, pp. 385 à 389, n° 163bis et *ter* : le droit de la défense a été élevé par la jurisprudence au rang de principe général en matière administrative non contentieuse. Add. M.-A. FLAMME, *op. cit.*, *R.A.*, 1970, pp. 227 à 229 : un élément essentiel de la procédure administrative codifiable; R. ANDERSEN, *op. cit.*, *R.E.D.P.*, 1993, pp. 146 et 147 (l'audition préalable, la bonne administration); J. JAUMOTTE, *in Le Conseil d'État ... (1946-1996)*, *op. cit.*, 1999, n° 30, pp. 657 à 665, sp. p. 661, en ce qui concerne les mesures de police (sauf impossibilité ou inutilité). Aujourd'hui, les procédures administratives sont généralement aménagées dans ce sens.

¹⁵⁶ Le principe général de l'exécution en nature ne requiert en effet pas seulement la primauté de l'exécution en nature sur l'exécution par équivalent, mais également, parmi les modalités de l'exécution en nature, la primauté de l'exécution par le débiteur sur l'exécution en nature par un tiers (voy. S. STIJNS et H. VUYE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1999, p. 627, n° 10, sur base de la thèse de doctorat de S. STIJNS). Si le juge est en principe le gardien de la hiérarchie de ces différentes modalités d'exécution, la dispense de son intervention n'a pas pour effet de supprimer cette hiérarchie. Comme elle n'a d'ailleurs pas non plus pour effet de permettre l'abus de droit, auquel il appartient également au juge de veiller ! Une dernière occasion de s'exécuter, autrement dit, doit être accordée à l'administré, même à défaut d'intervention du juge, voire même surtout à défaut de son intervention. Le principe d'égalité et de non-discrimination est susceptible de jouer un rôle à cet égard. Rem. sur ce point G. de

signification, de manière plus spécifique aux décisions judiciaires) est un principe communément admis¹⁵⁸. Et la logique de la voie d'exécution suppose en toute hypothèse qu'un délai soit imparti au débiteur pour s'exécuter, en dehors de circonstances particulières¹⁵⁹. À l'évidence, il se cache plus qu'une simple répugnance à autoriser la force¹⁶⁰ derrière les formes de l'exécution forcée. Même si le droit administratif conserve une certaine spécificité liée à son contentieux¹⁶¹.

535. La compétence du juge des saisies et l'interdiction d'exécuter la nuit. Pour en revenir à l'article 1494 du Code judiciaire et au champ d'application des dispositions judiciaires, d'autres dispositions encore semblent *a priori* convenir aux obligations non pécuniaires contenues dans tous les actes exécutoires par la force. On peut mentionner la

LEVAL, note 1 sous Bruxelles, 16 juin 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 11, concernant le caractère d'ordre public de toute la matière de l'exécution dès lors qu'il s'agit de s'assurer le recouvrement des créances et la crédibilité du titre judiciaire, et qui dénote avec la motivation en l'espèce de la décision, niant une discrimination répréhensible parce que la procédure particulière de recouvrement fiscal serait d'ordre public et s'inscrirait dans la nécessité de permettre à l'État de mener à bien sa politique et de faire face à ses engagements envers la collectivité. Ne concevrait-on pas un droit commun également efficace pour tous les titulaires d'un titre exécutoire ?

¹⁵⁷ On a bien senti dans l'arrêt "Pittacos" déjà analysé (n° 445 et s., sp. note 564) que le Conseil d'État, pour sanctionner l'administration, a pris en compte l'apparente disposition de l'intéressé à s'exécuter volontairement en usant des moyens jugés les plus efficaces pour lutter contre la maladie des cafetiers.

¹⁵⁸ Rem. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 334, pp. 478 et 479 : le principe de la mise en demeure préalable aurait pu être sous-entendu sans inconvénient. La matière fiscale est particulière à cet égard. En matière de T.V.A., la contrainte est toujours précédée dans la pratique d'une invitation de l'administration à payer volontairement ce qui est dû. En effet, la contrainte est une mesure de recouvrement qui n'est délivrée que s'il y a lieu de passer à une exécution forcée. Par contre, en matière d'impôts sur les revenus, aucune invitation à payer n'est adressée au contribuable avant l'enrôlement, puisqu'il n'a aucune obligation de payer aussi longtemps que l'impôt n'a pas été enrôlé. Voy. not. W. DIERICK, *op. cit.*, *R.G.F.*, 5 mai 1982, pp. 108 et 109. Dans ce dernier cas, la délivrance du titre exécutoire n'est donc précédée d'aucune invitation préalable, par la force des choses. Mais un délai de paiement est systématiquement imparti.

¹⁵⁹ Comp. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. 108 et note 65 et S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, *J.T.*, 1996, p. 722, n° 98.

¹⁶⁰ Comp. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 334, pp. 477 à 479 et la répugnance de la force traduite dans la forme. On la trouve également en législation administrative où le privilège est généralement facultatif et subsidiaire, et où le recours effectif à la force est lié "au besoin" et limité aux mesures nécessaires, après mise en demeure infructueuse.

¹⁶¹ La mise en demeure, par exemple, lorsqu'elle constitue une simple mesure d'exécution d'une décision antérieure, n'est pas attaquant devant le Conseil d'État : C.E., s.p.r.l. Brufi, n° 52.171, 11 mars 1995. Et une demande de suspension d'extrême urgence doit être introduite dans le délai imparti par l'autorité administrative pour exécuter volontairement l'acte administratif critiqué (par hypothèse "exécutoire", à la différence des actes permissifs), sous peine d'être irrecevable à défaut d'extrême urgence, la procédure devant rester exceptionnelle (l'effet utile de la demande de suspension, lié à la situation infractionnelle) : C.E. (ass.), Sow Mamadou Alpha, n° 67.236, 30 juin 1997, *Rev. dr. étr.*, 1997, p. 221, avis aud. S. SAINT-VITEUX et obs. J. JAUMOTTE (refus de séjour avec O.Q.T.); C.E., Turman, n° 54.806, 17 août 1995 (assainissement d'un immeuble; la commune avait pris des mesures d'exécution d'office); P. GILLIAUX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996, pp. 358 et 359 et la jurisprudence citée en note. La notification et le délai imparti, autrement dit, sont essentiels pour apprécier l'urgence. L'extrême urgence de la suspension, en particulier, doit être appréciée non au regard de la seule imminence de l'exécution effective, mais bien en fonction de la notification intervenue et du moment où l'acte doit ou devait être exécuté. Ainsi, un requérant n'est en principe pas recevable à demander la suspension d'extrême urgence d'une décision à laquelle il aurait déjà dû satisfaire.

compétence apparemment générale du juge des saisies pour toute exécution^{162 163}; l'interdiction d'exécuter (par la force) entre 21 et 6 heures, ainsi que les week-end et jours fériés (sauf autorisation du juge des saisies pour raison d'impérieuse nécessité ...) ¹⁶⁴.

Au besoin, les dispositions concernées sont susceptibles de jouer un rôle. Aussi, si le législateur souhaite en dispenser une administration, il est souhaitable qu'il le fasse de manière explicite, pour éviter des problèmes d'interprétation.

536. L'autorisation préalable du juge. Parmi toutes les dispositions judiciaires, les plus importantes sont celles qui sont liées au système de l'exécution administrative. Il y a bien sûr celle incertaine relative à la signification. Mais surtout celles requérant l'intervention du juge pour autoriser l'exécution forcée, auxquelles le législateur doit bien entendu déroger pour établir le privilège.

Il faut être conscient, à cet égard, que les règles judiciaires y afférentes relayent avant tout un principe général de droit consacré par l'adage déjà évoqué selon lequel "Nul ne peut se faire justice à soi-même"¹⁶⁵. Il ne reste pas moins qu'au-delà des implications du corps de règles dans son ensemble, l'article 1386 du Code judiciaire proclame, que "Nul jugement ni acte ne

¹⁶² On oublie trop souvent que l'exécution en droit privé est "une succession de rendez-vous judiciaires". Comp. P. DRAI, "L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal", *R.I.D.C.*, 1986, p. 515; M. STORME, "Het proces. Synthese en slotwoord", in G. de LEVAL, P. LEWALLE, et M. STORME, *op. cit.*, 1996, p. 392. Rem. C. SIRAT, *op. cit.*, *J.C.P.*, 1958, I, 1440 (p. 2 : après autorisation du juge et sous son contrôle).

¹⁶³ Voy. les articles 1395, 1396 et 1498 du Code judiciaire. La compétence du juge des saisies en matière fiscale dès le recouvrement (N. PIROTTE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1993, p. 188; G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, pp. 507 à 509) devrait inciter à élargir son activité en matière administrative. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 201, p. 277, parle aussi de la "compétence virtuelle du juge des saisies" en matière non pécuniaire. Une partie de la doctrine limite toutefois l'intervention du juge de l'exécution en droit belge aux contestations en matière de saisies conservatoires et de voies d'exécution, sur base de l'article 1395, al. 1^{er} du Code judiciaire (et du principe selon lequel le juge des saisies n'est pas compétent pour statuer sur un litige portant sur les droits des parties qui concerne certes l'exécution mais ne se rapporte ni à la légalité ni à la régularité de cette exécution : plus récemment Cass., 28 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 93 et note; Cass., 3 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, 554 et note; Cass., 10 juin 1999, inédit), ce serait dire, selon G. de LEVAL, le recouvrement de sommes d'argent, à l'exclusion des mesures d'exécution relatives aux personnes, des difficultés nées de l'exécution volontaire ou des exécutions directes ou en nature (*doc. parl.*, Chambre, s.o. 1997-1998, n° 1157/8, p. 19; G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 563, 589 et 590). À défaut, le tribunal de première instance serait ainsi compétent en vertu de l'article 569, 5^o du Code judiciaire (voy. E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, 1992, p. 9, n° 12) (ne s'agissant pas d'une décision de justice, il n'y a pas lieu de recourir au juge de la décision pour en interpréter le sens au besoin - article 793 du Code judiciaire). L'article 1498 du même code dispose pourtant plus généralement, parmi les dispositions générales relatives aux exécutions forcées, que toute partie intéressée peut se pourvoir devant le juge des saisies en cas de "difficulté d'exécution".

¹⁶⁴ Voy. l'article 1387 du Code judiciaire. Rem. que la disposition est parfois "rappelée" dans des textes administratifs, par exemple en matière de police sanitaire des animaux.

¹⁶⁵ Cass., 24 mai 1976, *Pas.*, 1974, I, 1014. Rem. en l'espèce que si l'interdiction de se faire justice à soi-même est consacrée comme un principe général de droit, elle tolère tout de même "juridiquement" la résistance individuelle à un acte illégal du pouvoir, mais uniquement aux conditions (notamment) que l'illégalité soit flagrante et qu'elle nécessite une réaction sans retard. On peut se demander si le principe n'a pas une valeur constitutionnelle liée à l'État de droit, à la séparation des pouvoirs et à l'existence du pouvoir judiciaire.

peuvent être mis à exécution que sur production de l'expédition ou de la minute revêtue de la formule exécutoire déterminée par le Roi".

En amont du Code judiciaire, l'article 1144 du Code civil établit, de son côté, que "Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur" (adr).

537. L'article 1144 du Code civil. La deuxième disposition établit, plus encore que la première, le principe selon lequel l'exécution forcée d'une obligation (y compris administrative) est en principe judiciaire¹⁶⁶.

Elle est intéressante, malgré qu'*in terminis* elle soit limitée aux obligations contractuelles de faire et de ne pas faire. En effet, la Cour de cassation y a décelé la consécration de deux principes généraux : celui de l'adage, bien entendu, mais aussi celui de la faculté de remplacement¹⁶⁷ et, plus généralement, celui de l'exécution en nature, qui sont propres, quant à eux, aux obligations non pécuniaires¹⁶⁸.

Tel est également le cas, il faut le préciser, de l'interdiction corrélatrice¹⁶⁹ faite par la Cour de cassation, également par voie de principe général de droit, de toute contrainte physique directe sur la personne (du débiteur), notamment en vue de la contraindre à accomplir un acte, hormis

¹⁶⁶ Demander, se faire autoriser, être autorisé (dans la foulée) sont des termes clairs, dans les articles 1143 et 1144 du Code civil, établissant le principe de l'exécution forcée en nature judiciaire des obligations non pécuniaires, compte tenu de l'interdiction de contraindre physiquement le débiteur à faire. Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 199, pp. 273 et 274. *Add. ibidem*, n° 200, p. 275 et l'importance d'une décision judiciaire en l'absence de règles légales en matière non pécuniaire : l'autorisation de remplacement doit être expresse.

¹⁶⁷ Selon la Cour de cassation, la loi ne fait aucune distinction sur ce point entre les obligations de donner et les obligations de faire ou de ne pas faire : il s'agit d'un "principe général du droit des obligations (...) qu'au cas d'inexécution, le créancier peut être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur", il s'agit d'une règle "régissant les obligations de toute nature" (Cass., 6 mars 1919, *Pas.*, 1919, I, 80). Rem. sur ce point P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 86.2, pp. 112 et 113, sp. note 86 établissant le principe de droit commun à toutes obligations (et n° 248.1, p. 337). Y compris en matière extra-contractuelle, par extension ou analogie : P. WÉRY, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, n° 4, p. 828; obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, n° 7 à 9, pp. 432 et 433 (impl.); comp. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 120.1, p. 158, note 261; S. STJNS et H. VUYE, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 1999, n° 13, pp. 629 et 630. La translation n'est pas étonnante dès lors que l'obligation légale remplace l'obligation contractuelle dont le fondement, seulement rappelé par l'article 1144 du Code civil, est le principe de l'obligation-loi (!). Les articles 1142 et 1143 du Code civil sont préalables : si l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire se résout en principe en dommages et intérêts, le créancier a néanmoins le droit de demander la destruction ou de se faire autoriser à détruire ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, et ce sans préjudice des dommages et intérêts éventuels, mais surtout également aux dépens du débiteur.

¹⁶⁸ En matière non pécuniaire, la prépondérance de l'exécution par substitution est ainsi commune aux droits civil et administratif. Rapp. en droit civil P. WÉRY, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, n° 4, p. 828 (remplacement judiciaire, enlèvement *manu militari* du meuble corporel), de même qu'en matière administrative, les nombreuses lois renseignées organisant des mécanismes d'exécution d'office.

¹⁶⁹ En effet, l'exécution par substitution ne peut être que préférée à la contrainte physique directe sur l'administré, puisque celle-ci est interdite, hormis les cas prévus par la loi. Elle est en outre moralement et matériellement impossible en matière d'obligations personnelles.

les cas prévus par la loi¹⁷⁰. Comme suite logique, l'interdiction vaut donc également en matière administrative. En ce compris la faculté d'y déroger par le biais d'une loi¹⁷¹.

538. L'article 1386 du Code judiciaire. À la réflexion, la conséquence directe et littérale de l'article 1386 du Code judiciaire est également intéressante. Il revêt comme tel une portée générale en matières pécuniaire et non pécuniaire. Il empêche l'exécution forcée d'un acte ("ni acte"), fût-il administratif, s'il est dépourvu de la formule exécutoire. De toute évidence, la seule manière d'échapper à ce prescrit est une dérogation légale expresse¹⁷².

Compte tenu de l'article 2 du Code judiciaire, cependant, la dérogation ne doit pas nécessairement dispenser de la formule de manière expresse, pourvu qu'elle autorise clairement l'exécution forcée ou la réquisition de la force publique, le reste pouvant être déduit au titre de l'incompatibilité avec les règles judiciaires. La preuve en est la contrainte fiscale, en matière pécuniaire, dont l'exécutaire organisé par la loi, sans formule exécutoire directe, provenait autrefois du visa du juge¹⁷³, ensuite de l'intervention du directeur des contributions¹⁷⁴, sortes de "substituts de formule exécutoire".

¹⁷⁰ Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, pp. 29 à 82 (étude historique) et, du même auteur, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 830, n° 6; obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, n° 7, p. 433; *op. cit.*, *R.R.D.*, 1996, n° 7, pp. 215 et 216; et in *Droit de la responsabilité*, *op. cit.*, 1996, n° 2, p. 5. Ainsi, la sauvegarde de l'intégrité physique et l'intangibilité de la personne humaine souffrent tout de même certaines limites, lorsque le droit positif est désireux de préserver des intérêts jugés supérieurs. Rem. l'article 12 de la Constitution et Cass., 7 mars 1975, *Pas.*, 1975, I, 692 et note E.K. qui précise la valeur du principe en droit public comme en droit privé.

¹⁷¹ Rem. au demeurant G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 562 : les auteurs citent à titre d'exemples l'expulsion forcée des étrangers ou l'exploration corporelle, c'est-à-dire des *matières administratives* dans lesquelles l'autorisation préalable du juge n'est pas requise ... Quant à P. WÉRY, obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 433, n° 9, et note 67 et *op. cit.*, 1993, exemples cités n° 86.1, pp. 110 et 111, il cite également de nombreux exemples de remplacements judiciaires prévus par la loi dans *diverses matières administratives*, mais cette fois sur décision préalable du juge. Rem. l'importance de la faisabilité pratique de ces dispositions qui peuvent décourager l'administration d'y recourir lorsque de telles mesures d'office engagent à des frais importants, sans certitude de leur récupération, ou risquent de dégénérer en affrontements dangereux sur le plan humain. Rem ainsi corr. Liège, 9 novembre 1984, *J.L.*, 1986, p. 472, obs. P.H. À noter encore que les cas prévus par la loi n'autorisent pas toujours expressément la contrainte. En matière civile, il s'agit plutôt d'assurer l'exécution directe d'obligations qui trouvent leur origine dans la loi, comme le respect d'un droit de garde ou de visite, de l'obligation de délivrance du vendeur ou de l'obligation de quitter les lieux pour un occupant d'immeuble sans droit, tel le preneur en fin de bail (une loi organise aujourd'hui de manière détaillée l'exécution de la dernière obligation).

¹⁷² Le cas échéant, la dérogation légale prévoit le titre exécutoire requis pour la mesure de contrainte autorisée, l'autorité habilitée à le prendre et dans quelles conditions, etc. Comp. D. CHABOT-LÉONARD, *op. cit.*, 1979, p. 20 : la référence à la notion d'acte permet d'inclure parmi les titres exécutoires les actes notariés "et certains actes administratifs pouvant être revêtus de la formule exécutoire", sans envisager (comme de coutume) une dérogation à l'obligation de formule. L'article 1494 du Code judiciaire dispose, quant à lui, qu' "Il ne sera procédé à aucune saisie-exécution mobilière ou immobilière qu'en vertu d'un titre exécutoire et pour choses liquides et certaines". Il s'agit d'une des dispositions générales du titre III consacré aux exécutions forcées. Comme tel, néanmoins, son prescrit paraît cantonné aux saisies.

¹⁷³ Anciennement, la contrainte, à défaut d'opposition, devait être paraphée par le juge de paix pour devenir exécutoire. Voy. l'ancien article 64 de la loi du 22 frimaire an VII : la contrainte est visée et rendue exécutoire par le juge de paix compétent. Le simple visa lui confère l'exécution parée. Elle constitue alors un titre ayant la même force que les actes authentiques et les jugements revêtus de la formule exécutoire. Voy. Cass., 8 avril 1859, *Rev. gén.*, 1859, n° 3.691, p. 353; E. DE FAYS, *op. cit.*, *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, n° 15, p.

Une telle interprétation présente l'avantage de la simplicité, en même temps qu'elle permet de résoudre une difficulté majeure dans l'application du droit commun en matière d'exécution administrative, liée à l'absence généralisée de formule exécutoire sur les actes administratifs même lorsqu'ils sont exécutoires par la force. Il faut savoir que le constat avait conduit les administrativistes à considérer l'exécution parée comme étant naturelle pour l'acte administratif¹⁷⁵.

Dans la même veine, il faut soigner le raisonnement en prenant la précaution d'indiquer que le simple fait de revêtir les actes administratifs d'une formule exécutoire (au motif, par exemple, qu'elle procéderait du Roi, donc de l'exécutif et de l'administration, voire, dès lors, de tout fonctionnaire) ne suffirait évidemment pas à les hisser au rang d'actes exécutoires. En effet, la question est réglée par la loi¹⁷⁶. De telle manière qu'il faudrait, au préalable, une loi - désignant l'autorité précise habilitée à apposer la formule et susceptible d'être soumise au contrôle d'égalité devant la Cour d'arbitrage - pour avaliser une telle pratique, d'avance critiquable à défaut.

Cela dit, à travers la formule exécutoire, il faut prendre conscience qu'en l'absence de dérogation légale, l'application du droit commun revient à permettre à l'autorité administrative de recourir librement au juge pour obtenir l'autorisation de procéder à l'exécution forcée d'une obligation administrative générée par la loi. Cela dans les conditions du droit commun, même en l'absence d'un texte particulier l'y autorisant formellement¹⁷⁷.

539. Les frais de l'exécution. Au titre des dispositions générales moins importantes, on peut mentionner la question des frais de l'exécution, à propos de laquelle il est difficile d'ignorer l'article 1024 du Code judiciaire au terme duquel "Les frais d'exécution incombent à la partie contre laquelle l'exécution est poursuivie". Le principe est conforté par les articles 1143 et 1144 du Code civil qui, au-delà de l'autorisation requise pour le remplacement, la prévoit aux

359. Rem. aussi P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 189, p. 148, d'après qui le gouvernement devait auparavant consulter les autorités judiciaires avant d'ordonner l'expulsion d'un étranger.

174 Rem. G.L.J. CARRÉ, *op. cit.*, 1841, question 1.894, p. 327 : "(...) si jamais exécution ne pouvait avoir lieu sans la formule sacramentelle, on ne voit pas pourquoi ce principe fléchirait, quand il s'agirait de simple contrainte". La réponse est dans la loi.

175 Voy. *infra*, n° 605 et s. Le problème de la formule exécutoire en droit administratif est approfondi au titre de la cohérence globale du système intégré.

176 En ce qui concerne les actes notariés, l'article 19 de la loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI contenant organisation du notariat dispose que les actes notariés seront exécutoires dans toute l'étendue du royaume, sans au demeurant faire référence, comme à l'article 1^{er}, au caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, pouvant laisser penser à l'authenticité générale des actes administratifs. Ce n'est pas le cas s'agissant de la force exécutoire. L'article 25, en particulier, organise la délivrance des grosses "en forme exécutoire", "intitulées et terminées dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux". En ce qui concerne les décisions de justice, l'article 40, alinéa 2 de la Constitution stipule que "Les arrêts et jugements sont exécutés au nom du Roi". Parallèlement à l'article 1386 du Code judiciaire, les articles 790 et 791 du Code judiciaire disposent que l'expédition contient à peine de nullité la copie intégrale du jugement, précédée de l'intitulé et suivie de la formule exécutoire, et que l'expédition est délivrée par le greffier aux parties en cause qui en font la demande. La formule exécutoire est toujours apposée par un officier public spécialement délégué à cet effet (E. DE FAYS, *op. cit.*, *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, n° 16, p. 360), qu'il s'agisse du greffier sur la décision de justice ou du notaire sur l'acte notarié.

177 Sur ce point, voy. *supra*, n° 399.

dépens du débiteur. Sans oublier encore l'article 1248 du Code civil au terme duquel les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

En vertu de ces dispositions, un texte particulier ne serait pas nécessaire pour lier au besoin le juge¹⁷⁸ quant à la mise à charge des frais de l'exécution. En matière administrative, pourtant, le législateur prend généralement soin de disposer à cet égard. On peut le comprendre, compte tenu de l'état du droit positif. Néanmoins, il semblerait que son intervention ne soit pas vraiment requise sur ce point.

540. Précisions. Pour éviter les amalgames, il faut veiller à bien identifier les paramètres de la question qui se pose en l'occurrence dans un cadre inhabituel, à savoir celui des privilèges.

L'interrogation se rapporte au sort des frais de l'exécution à défaut d'autorisation préalable du juge concernant l'exécution forcée "principale" et à défaut de mention légale particulière sur ce point, mais en présence du privilège du préalable tel qu'on a proposé de le définir, c'est-à-dire en présence d'une loi dispensant de l'autorisation préalable du juge ou en cas d'urgente nécessité tolérée par la jurisprudence.

Au demeurant, les frais visés à l'article 1024 du Code judiciaire ne comprennent généralement pas les interventions des forces de l'ordre, mais plutôt celles des huissiers de justice et des personnes éventuellement requises par lui, au besoin et selon le cas concret. Les frais de remplacement, quant à eux, participent généralement d'une disposition légale (voire contractuelle) spécifique, souvent mise en œuvre par décision de justice, si bien qu'il est difficile d'évaluer la pertinence à leur égard de l'article 1024 qui, de surcroît, se situe en aval des articles 1143 et 1144 du Code civil.

À noter cependant que seul le principe de la mise des frais de l'exécution à charge de l'exécuté est acquis au terme de ce que le juge pourrait bien considérer comme une règle générale. Autre chose, autrement dit, est la possibilité de leur recouvrement d'office. À défaut d'une loi (ou d'un jugement préalable¹⁷⁹) en sens contraire, le recours au juge judiciaire est donc requis¹⁸⁰. Les dérogations existent et prescrivent en général, le cas échéant, la récupération par voie de contrainte¹⁸¹.

Pour le reste, la disposition n'est pas dépourvue de bon sens et la portée générale du texte ne semble poser aucune difficulté. Comme le remarque C.-H. VIGNES, à propos de la

178 Son intervention dépend évidemment de l'existence d'une contestation sur ce point.

179 Voy. P. WÉRY, "Les dépens du remplacement judiciaire", note sous civ. Liège (sais.), 25 août 1993 et 25 octobre 1993, *Act. dr.*, 1994, pp. 693 à 697. Rem. G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 596, qui prennent la peine de mentionner que tout jugement de condamnation au principal comprend au moins implicitement une condamnation aux frais d'exécution, c'est-à-dire aux frais inhérents et nécessaires à la procédure d'exécution forcée. Rem. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 207, p. 287, au sujet de l'insuffisance d'une simple clause contractuelle d'exécution d'office prévoyant la simple présentation des factures.

180 Rem. Cass., 2 mai 1901, *Pas.*, 1901, I, 217; *R.A.*, 1901, p. 437. Comp. A. COENEN, *op. cit.*, *M.C.*, 1999, p. 548, dont l'exemple lié à une infraction pénale n'est pas exclusif.

181 Rapp. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 165. Tel semble être l'usage en législation, du moins le cas échéant.

substitution au sens large, il est évident que, le plus souvent, les conséquences pécuniaires de la substitution doivent incomber au substitué, sous peine de lui enlever l'essentiel de son intérêt, voire de conduire à une abstention généralisée¹⁸², même si cela dépend surtout du cas d'espèce.

Encore faut-il qu'une obligation positive soit à charge de l'administré pour entraîner l'application de l'article. Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit pour l'autorité de construire une digue sur le terrain d'un particulier. Il s'agit dans ce cas d'une servitude. L'obligation pour l'administré se limite à ne pas s'y opposer matériellement et à assurer l'accès des digues, une fois construites, aux agents habilités¹⁸³. Le cas échéant, une indemnité est même plutôt prévue en sa faveur.

541. Applications en jurisprudence. À propos des dispositions spécifiques, il faut mentionner deux arrêts de la Cour de cassation passés inaperçus en doctrine, et qui concernent la mise à charge des frais occasionnés par l'exécution d'office de mesures légalement prescrites, liées au renflouement d'épaves dans le canal Albert¹⁸⁴.

Le texte réglementaire concerné est classique, si bien que l'enseignement des arrêts peut être transposé à la plupart des réglementations, sous réserve de leur concordance. Il s'agit de l'article 102, alinéas 2 et 3 de l'arrêté royal du 15 octobre 1935 portant règlement général des voies navigables du Royaume, déjà mentionné en législation. Faute pour les patrons de se conformer immédiatement aux ordres donnés ou s'ils ne se trouvent pas présents, les mesures (nécessaires) prescrites peuvent être exécutées d'office et "à leurs frais. L'état de ces frais est vérifié et arrêté par l'ingénieur en chef-directeur du ressort" (avec possibilité de contrainte selon l'article 109).

Selon la Cour, il ne peut pas être déduit du texte que le patron est privé du droit de contester le montant arrêté par l'autorité désignée à cet effet, ce qui implique (au moins implicitement) que les mentions des états doivent permettre une éventuelle contestation des sommes réclamées, sans pour autant contenir des justifications circonstanciées.

En même temps, concernant l'étendue des frais concernés, les jugements attaqués n'allouaient que les dépenses exceptionnelles liées à l'exécution et avaient refusé les dépenses courantes (les frais normaux d'entretien et d'administration de la navigation), en l'occurrence les salaires payés au personnel habituel (la main-d'œuvre), les frais de transport et de balisage. Selon la Cour, l'article 102 habilite l'autorité à porter en compte les frais nécessités pour l'exécution des mesures prescrites et non accomplies, sans distinguer entre les frais qui relèvent normalement de l'administration de l'Office de la navigation ou de l'entretien du canal et ceux qui constituent

¹⁸² C.-H. VIGNES, *op. cit.*, R.D.P., 1960, pp. 761, 786 et 787 (sauf faute, excès de pouvoir ou excès de moyens).

¹⁸³ Voy. *supra*, n° 459, la loi du 18 juin 1979 sur les digues.

¹⁸⁴ Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 577. Comp. cep. Cass., 6 juin 1939, *Pas.*, 1939, I, 284, exposé ci-dessous, n° 542, sur base de l'illégalité du règlement ne pouvant pas déroger aux règles civiles de la responsabilité. Cela dit, il n'est pas dérogé à ces règles lorsqu'un tiers est responsable du fait qui a rendu nécessaires les mesures prises et que l'administration lui réclame directement le remboursement de frais : Cass., 24 février 1958, *Pas.*, 1958, I, 681.

des dépenses exceptionnelles¹⁸⁵. Même la valeur d'une lanterne disparue peut être portée en compte s'il est établi qu'elle est la conséquence de l'exécution de la mesure non accomplie, même si, de toute évidence, la disparition n'est pas due au fait personnel du patron.

L'articulation de la disposition spécifique avec l'article 1024 du Code judiciaire présente un enjeu important car, sans elle, l'indemnisation de l'autorité ne pourrait se faire que dans le respect des conditions ordinaires de la responsabilité civile¹⁸⁶, plus lourdes sur le plan de la preuve.

542. Complément. En l'occurrence, on peut d'ailleurs se demander si un texte réglementaire peut déroger au droit commun sur ce point¹⁸⁷. Un troisième arrêt de la Cour de cassation indique en effet qu'un règlement de police ne permet pas de déroger aux articles 1382 et suivants du Code civil¹⁸⁸.

¹⁸⁵ F. DUMON va plus loin dans sa note 1 à 3 sous les arrêts, *Pas.*, 1967, I, 579, après avoir souligné que les mêmes salaires auraient de toute façon dû être attribués aux travailleurs concernés, qu'ils aient exécuté ce travail ou un autre : "Les mêmes salaires auraient dû être payés par le patron lui-même s'il s'était conformé à l'ordre reçu". Tel n'est pourtant pas le critère *légal*, en l'occurrence beaucoup plus simple et péremptoire (à leurs frais), comme ne l'est pas non plus la considération inverse selon laquelle les ouvriers concernés, pendant ce temps, auraient pu être employés à la réalisation d'autres travaux.

¹⁸⁶ Rem. F. HAUMONT, B. PAQUES et M. SCHOLASSE, *op. cit.*, 1986, pp. 51 à 60. En matière d'immeubles délabrés, où ils font état du privilège de l'exécution d'office, les auteurs discréditent les thèses parfois avancées de la gestion d'affaires ou de l'enrichissement sans cause pour la récupération des frais dans les deux cas devant le juge, la première parce que l'autorité est légalement obligée d'intervenir, la seconde parce que la cause est évidemment légale ou juridique. On peut compléter ce raisonnement en remarquant que toute exécution d'office ne s'apparente pas toujours à une gestion d'affaires pour le compte d'autrui et n'emporte pas nécessairement un enrichissement pour le propriétaire, en particulier lorsqu'il s'agit de démolir un immeuble au lieu de le réparer. *Add.* concernant la réparation de dégâts collatéraux provoqués par des services d'incendie, Bruxelles, 2 janvier 1923, *Rev. comm.*, 1923, p. 178 et obs. dénonçant ces raisonnements spécieux face à un événement qui, en l'absence de faute, relève du cas fortuit ou de la force majeure. Quant aux conditions de la responsabilité, les trois auteurs attirent l'attention sur la cause juridique propre susceptible d'affecter le lien de causalité ou de compromettre l'invocation d'un dommage légitime.

¹⁸⁷ Concernant la faculté de prévoir par un règlement communal, en matière de police, le prononcé d'office par le juge de l'infraction de la destruction des constructions faites sans autorisation au titre de réparation, des arrêts sont parfois cités alors qu'ils n'emportent pas une telle faculté : Cass., 25 mai 1858, *Pas.*, 1858, I, 193 (seule l'interprétation de la loi est concernée, simplement rappelée dans un règlement provincial); Cass., 21 septembre 1860, *Pas.*, I, 1861, 248, concl. conf. av. gén. CLOQUETTE (seule l'interprétation de la loi est concernée, la violation éventuelle du principe de la séparation des pouvoirs par le pouvoir d'attribution conféré au pouvoir judiciaire étant attribué à la loi hors contrôle); Cass., 23 janvier 1865, *Pas.*, 1865, I, 133, concl. av. gén. CLOQUETTE où la Cour conclut de manière très habile que le jugement, en prononçant la destruction après avoir constaté sa nécessité, n'a contrevenu ni à l'article 10 de la loi du 1^{er} février 1844 laissant son appréciation aux tribunaux (s'il y a lieu : il s'agit d'une nouveauté à l'époque), ni à l'article 38 du règlement communal pris en exécution de la loi qui ne prévoyait pas cette appréciation, en laissant vraisemblablement comprendre, travaux préparatoires à l'appui, que le règlement ne pouvait pas déroger sur ce point à la loi (le jugement entrepris fait directement allusion à l'article 161 C.I.Cr). Rem. l'importance de bien concevoir les textes en la matière et, à l'instar de ce qui se passe en droit privé, de prévoir explicitement et en termes adéquats le remplacement d'office, à défaut pour l'intéressé de s'exécuter, à ses frais au besoin, sous peine de devoir repasser par le juge pour pouvoir y procéder.

¹⁸⁸ Cass., 6 juin 1939, *Pas.*, 1939, I, 284.

Était en cause l'application de l'article 98 de l'arrêté royal du 15 octobre 1935 portant règlement général des voies navigables du Royaume (article aujourd'hui abrogé), au terme duquel les usagers des voies navigables ou de leurs dépendances sont responsables envers l'État de tous dégâts occasionnés par eux à la voie navigable, à ses dépendances ou aux ouvrages d'art, le montant des dépenses exposées de ce chef étant augmenté de 10 pour-cent pour frais généraux d'administration avec un minimum de 10 francs.

Selon la Cour, aucune disposition d'un règlement de police ne peut déroger à l'indemnisation prescrite par la loi civile, limitée au dommage causé et excluant ainsi les frais ordinaires ou généraux d'administration liés à l'obligation légale de contrôler et conserver les voies navigables, d'une nature telle qu'ils sont étrangers à la notion de dommage, contrairement aux frais spéciaux ou extraordinaires présentant, quant à eux, un lien de cause à effet entre le délit et eux¹⁸⁹.

La question n'avait pas été soulevée dans deux espèces précédentes, mais une réponse positive semblait aller de soi dans le premier cas, compte tenu de la nette séparation faite en l'espèce entre les lois civiles et administratives¹⁹⁰. Sans doute l'article 98 était-il plus proche de la responsabilité civile que l'article 102 du même règlement, plutôt lié à une mesure de police. Dans les deux cas, néanmoins, il s'agit d'une indemnisation dont il pourrait être soutenu qu'elle procède de la base légale à l'origine de la réglementation liée à l'exécution d'office¹⁹¹.

189 Comp. Cass., 24 avril 1939, *Pas.*, 1939, I, 196 et la jurisprudence citée en notes 8 et 9 concernant les soins médicaux et pharmaceutiques exposés par l'État pour un milicien renversé par un tiers : une obligation pour l'État qui rompt le lien de causalité.

190 Cass., 9 juillet 1891, *Pas.*, 1891, I, 202 et concl. conf. MESDACH de ter KIELE (espèce relative à l'article 102 du règlement exposé ci-dessus). La question ne l'a pas été non plus in Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 577.

191 Une autre question est de savoir si un règlement communal peut valablement imposer au juge pénal d'ordonner l'exécution d'office de manière plus stricte que le Code d'instruction criminelle ? Apparemment non (y compris par respect du droit de propriété), d'autant que selon la Cour de cassation, le rétablissement des lieux dans leur état primitif ne constitue pas une peine, mais un mode particulier de réparation ordonné d'office par le juge répressif, lié à l'intérêt général et ressortissant à ce titre de l'action publique. Voy. *supra*, n° 398 et note 369, dont Cass., 26 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 888 et concl. conf. proc. gén. LIEKENDAELE, alors av. gén., insistant (897) sur ce qu'il s'agit d'une mesure civile nécessitant une disposition légale expresse lorsqu'il s'agit pour l'autorité administrative de la demander au juge pénal ou civil à défaut d'un dommage personnel dans son chef tel que requis par le droit commun; Cass., 5 mars 1923, *Pas.*, 1923, I, 223, mentionnant l'article 161 du Code d'instruction criminelle et précisant - au contraire - que la juridiction civile eût pu l'ordonner elle-même si la défenderesse s'était adressée à elle au lieu de se constituer partie civile. Il semble toutefois que le dispositif puisse être considéré comme une modalité de l'exécution d'office autorisée par la loi, dont l'organisation concrète peut être confiée à l'exécutif. Peut-on cependant considérer comme inclusive de ce genre de dispositif l'habilitation - en l'occurrence - de la Nouvelle loi communale à établir des sanctions pénales ou administratives ? Il ne semble pas, à défaut d'une délégation de pouvoir dans ce sens ou suffisamment large. Lorsque le principe de l'exécution d'office est inscrit dans une loi au sens formel, il peut paraître logique de considérer la mise à charge des frais comme une modalité de cette exécution susceptible d'être établie dans ce cadre par voie réglementaire.

Comp. (mais à propos du partage de compétences de valeur légale !) C.A., n° 44/87, 23 décembre 1987 : l'habilitation donnée au législateur décentral par l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 d'ériger en infraction les manquements aux décrets et d'établir des peines concernant les manquements, implique celui de régler les restitutions dans leur acception large. En effet, bien qu'elle ait un caractère civil, la restitution est liée à l'ordre public et est, par certains aspects, un accessoire indivisiblement lié à la sanction pénale (son prolongement) puisqu'elle tend, au-delà de la condamnation pénale, à empêcher que subsiste une situation perpétuant l'infraction (y compris le remplacement d'office aux frais du condamné). *Add.* S.L.C.E., *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1990-1991, n° A-108/1, p. 124 : la même mesure demandée au juge civil est (donc) incluse dans les cas où la

543. L'intervention de l'huissier de justice. Pour finir, la question de l'intervention de l'huissier doit également être soulevée. L'élément est important pour la définition précise des privilèges proposés. En matière non pécuniaire, l'intervention de l'huissier est requise en droit privé¹⁹², mais pas en droit administratif lorsque l'administration dispose du privilège du préalable¹⁹³.

En droit privé, la doctrine est unanime concernant l'obligation de passer par huissier pour l'exécution forcée¹⁹⁴, même si l'article 1386 du Code judiciaire n'est pas formel à cet égard (il n'est pas précisé que la production de l'expédition ou de la minute doit se faire à l'huissier; pourquoi pas, dès lors, directement aux forces de l'ordre ?¹⁹⁵) et si l'article 1393 du même code dispose seulement que la remise de l'expédition du jugement ou de l'acte à l'huissier de justice (le cas échéant ?) vaut pouvoir pour toutes exécutions¹⁹⁶. Elle procède directement de l'interdiction de la justice privée¹⁹⁷.

Encore faut-il qu'il y ait lieu à exécution forcée, ce qui n'est pas toujours le cas. La mission d'exécuter peut en effet être conférée à d'autres fonctionnaires ou agents suivant les circonstances et la nature du jugement¹⁹⁸, voire même à de simples particuliers lorsqu'il s'agit,

juridiction pénale ne peut pas être saisie (par exemple en cas de décès du prévenu); S.L.C.E., avis n° L.20.268/9, 18 février 1991, *doc. parl.*, s.o. 1990-1991, n° 248/1, pp. 14 et 15.

192 Du moins lorsque la partie succombante n'acquiesce pas à la décision de justice et qu'il convient en conséquence d'exécuter. Mais tel est bien le cas de figure qui retient l'attention.

193 Comp. S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 14 et la prévision considérée comme "inhabituelle" de l'intervention de l'huissier de justice en cas d'"exécution d'office".

194 E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, 1992, n° 11, pp. 8 et 9; K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996, p. 292, n° 2. *Add.* le rôle central de l'huissier dans la formule exécutoire (analysée *infra*, n° 605, note 402) qui n'est toutefois définie que par arrêté royal.

195 Comp. *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte exécutoire", n° 2, col. 531, vraisemblablement par abus de langage : celui qui est titulaire de l'exécution parée n'a plus à recourir à aucun intermédiaire, ni à passer par aucune formalité. Il peut requérir l'exécution immédiate et la puissance publique est tenue de lui donner assistance dans ce but.

196 Comme telle, la disposition ne paraît pas imposer le recours obligatoire à l'huissier de justice. Elle indique plutôt la présomption d'investiture qu'empêche la remise de l'expédition à l'huissier. Celui-ci est, sauf désaveu, "présupposé avoir reçu du créancier la charge de procéder à l'exécution" (Rapport de C. VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la réforme judiciaire, *Pasin.*, 1967 p. 496). Cela dit, en matière pécuniaire, surtout, le rôle de l'huissier est régulièrement précisé par le Code judiciaire.

197 Le juge et l'huissier (ainsi que les forces de l'ordre) sont ensemble des intermédiaires, des vecteurs de la justice publique. Dans un tel système, l'exécution est distinguée des actes matériels qui la réalisent. L'exécution est le fait du créancier et du juge : il s'agit d'un ordre, de l'expression d'une volonté. La réalisation matérielle, quant à elle, fait crucial dans cette chaîne, est le fait d'agents publics spécialement investis de cette fonction. "On exécute avec sa volonté, non avec ses muscles" (CARNELUTTI, cité par P. HÉBRAUD, *op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, p. 173). Le jugement lui-même est donc déjà l'exécution au sens de la réalisation du droit. S'il n'est pas suffisant pour emporter l'exécution volontaire, il est source de contrainte (du droit à l'exécution forcée) au terme d'un enchaînement ou d'une "cascade d'actes ou de droits, s'appuyant les uns sur les autres, et qui servent d'intermédiaires pour parvenir au but final recherché" (P. HÉBRAUD, *op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, p. 173). Le juge n'ordonne d'ailleurs l'exécution forcée que de manière subsidiaire, le bénéficiaire ne pouvant passer à l'exécution forcée sur base de ce titre exécutoire qu'à défaut d'acquiescement de la partie défaillante (comp. NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 56).

198 R.P.D.B., "Exécution des jugements et des actes en matière civile", T. V, p. 59, n° 323. Sont cités sans exhaustivité le juge, les greffiers et les notaires.

par exemple, de procéder à une expertise ou à une vérification d'écritures¹⁹⁹, ou encore quand le remplacement est accordé et qu'il ne rencontre pas de résistance, pas même dilatoire, dispensant alors y compris de la signification. Dans ce dernier cas, le recours matériel à l'huissier n'est pas nécessaire²⁰⁰.

544. Le rôle de l'huissier en matière administrative. En dehors de ces circonstances exceptionnelles, le recours à l'huissier serait néanmoins nécessaire, en droit privé, pour pouvoir requérir les forces de l'ordre²⁰¹.

Formellement, le pouvoir de réquisition de l'huissier semble découler de la formule exécutoire²⁰² déterminée par un simple arrêté royal²⁰³ alors qu'en matière administrative, c'est généralement la loi qui précise le pouvoir de réquisition des forces de police dans le chef de certaines autorités. C'est peut-être oublier l'article 44 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de

199 Ibidem, p. 59, n° 324.

200 En cas d'intervention de l'huissier, il lui revient d'évaluer les besoins et notamment les risques de désordres selon les éléments du dossier, en concertation avec le commissaire de police et l'avocat requérant ses services. Il peut se faire aider par l'autorité publique, mais il n'y est pas tenu (C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 56, n° 6, si nécessaire). Rien n'empêche toutefois l'huissier, s'il se heurte à une résistance violente imprévue, à faire ensuite appel aux forces de l'ordre. Cela dit, l'hypothèse étudiée est plutôt celle d'une forme de résistance (P. HÉBRAUD, *op. cit.*, *R.I.D.C.*, 1957, pp. 195 à 199). Sur le plan textuel, différents éléments confirment cette "faculté" de se passer des forces de l'ordre. En droit belge, même si la disposition est cantonnée au droit des saisies, l'article 1504 du Code judiciaire autorise l'huissier de justice à pénétrer dans le domicile concerné, même s'il est fermé, sans que cela constitue une violation de domicile, et ce en présence éventuellement du seul bourgmestre, ce qui constitue une formalité de garantie et non de présence de la force publique. Par ailleurs, la protection pénale de l'huissier détermine son champ d'action (rébellion, articles 269 et s. du Code pénal). La "dispense" ne permet toutefois pas le recours effectif à la force par soi-même. Le cas échéant, l'huissier estime seulement suffisante son autorité et sa protection pénale pour ne rencontrer aucune résistance ou une résistance assez faible que pour être vaincue, notamment sous la menace des sanctions pénales. Il reste néanmoins une *disponibilité* de la force publique, dont la présence aux côtés de l'huissier suffit souvent à décourager les plus résistants.

201 Ainsi, pour P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 207, p. 287, le concours de la force publique ne pourrait être régulièrement requis que par l'huissier de justice en vertu d'un titre exécutoire (principe d'ordre public) (l'auteur réserve sans résoudre le cas des actes notariés).

202 Pour G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 595, l'huissier tirerait de la formule exécutoire le pouvoir de solliciter le concours de la force publique. Le juge ne devrait donc pas autoriser un éventuel recours à la force publique. Cette possibilité serait de droit en ce qu'elle dériverait de la formule dont le titre est revêtu. L'huissier pourrait même requérir la présentation des cartes d'identité. Comp. P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 81, p. 105. Du point de vue théorique, il ne serait pas nécessaire ("superfétatoire") que les décisions de justice mentionnent comme souvent l'exécution *manu militari* de leur décision, compte tenu de la formule exécutoire, pourvu toutefois qu'ils aient déterminé le mode d'exécution (le remplacement) et sauf les décisions exécutoires sur minute dans les cas d'absolue nécessité (par exemple Liège, 12 novembre 1986, *J.L.*, 1986, p. 705; voy. l'article 1041, alinéa 2 du Code judiciaire). Ce dernier élément est particulièrement important en matière non pécuniaire, compte tenu du défaut chronique de règles légales en la matière (P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 200, p. 275).

203 La formule est certes déterminée en vertu de l'article 1386 du Code judiciaire et de l'article 40, alinéa 2 de la Constitution, mais ces dispositions ne mentionnent pas l'huissier de justice. Rem. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS qui s'interrogent sur le point de savoir pourquoi la formule n'a pas été déterminée par une loi. "Est-ce parce que la Constitution attribue au Roi le pouvoir exécutif et dispose que les jugements et arrêts sont exécutés en son nom ? (articles 29 et 30) ? Mais la Constitution dit également que le Roi sanctionne et promulgue les lois (article 69); et cependant c'est le pouvoir législatif qui a déterminé la formule de leur sanction et promulgation (loi du 19 septembre 1831)" (*op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 162).

police qui stipule précisément que "Les services de police prêtent main-forte lorsqu'ils y sont légalement requis. (...) Lorsque les services de police sont requis pour prêter main-forte aux officiers ministériels, ils les assistent afin de les protéger contre les violences et les voies de fait qui seraient exercées contre eux ou de leur permettre de lever les difficultés qui les empêcheraient de remplir leur mission"²⁰⁴. C'est oublier aussi le fondement légal du principe général de l'interdiction de la justice privée.

Cela dit, l'huissier intervient généralement en deux temps²⁰⁵ en droit privé : d'abord pour signifier la décision de justice, ensuite pour mettre en branle la voie d'exécution proprement dite²⁰⁶.

Or, en droit administratif, la signification est généralement substituée par une simple notification pour laquelle l'administration n'a de toute évidence pas besoin de l'huissier²⁰⁷. Et l'usage veut que les services administratifs interviennent directement, dans le domaine unilatéral, sans le concours d'un huissier de justice, même si ce dernier n'est pas toujours avantageusement remplacé par le premier officier public de la commune. Au besoin, la "dispense" peut facilement être mise sur le compte de l'article 2 du Code judiciaire. Surtout lorsque la faculté est expressément attribuée à une autorité de requérir directement la force publique. Cela doit encourager à disposer expressément de la sorte.

Cela dit, l'intervention de l'huissier n'est pas nécessairement exclue en matière administrative²⁰⁸. Il peut arriver que le législateur estime nécessaire de la prescrire. L'huissier est alors une arme pour l'administration²⁰⁹.

545. La dispense du concours de l'huissier : un privilège ? Au terme de ce rapide tour d'horizon, la dispense du concours de l'huissier ne paraît pas suffisante pour établir, à elle

204 Add. l'article 1504 du Code judiciaire permettant à l'huissier de faire appel au commissaire de police (preuve que les forces de l'ordre ne doivent pas toujours être requises ?).

205 Comp., mais pour distinguer l'exécution forcée et l'exécution d'office, F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 162 : il est possible que la procédure d'exécution (action) d'office ne fasse pas apparaître aussi nettement les étapes successives de l'acte d'exécution.

206 En pratique, compte tenu des incertitudes, les huissiers de justice respectent en général les mêmes délais concernant les obligations non pécuniaires que ceux prescrits en matière pécuniaire, pour l'exécution. À savoir, principalement, le délai qui sépare le commandement ou l'avertissement et l'exécution proprement dite. Rapp. avec la procédure de saisie-revendication appliquée par analogie par l'huissier de justice pour assurer la remise d'une chose individuelle (P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, n° 91, p. 118).

207 J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, p. 531, en vertu de principes généraux et de bon sens, avec toutefois cet ajout plus modéré : "elle peut lancer, tout au moins contre certains de ses débiteurs, des arrêtés de débet" (en matière pécuniaire).

208 Rem. en droit français T.C., Dame Bolier, 5 juin 1947, *D.*, 1947, 306, note P.-L. J. : l'exécution forcée d'une réquisition d'habitation a été réalisée avec l'assistance d'un commissaire de police et d'un huissier et avec le concours d'un serrurier. Comp. C.E., Delle Taillandier, 6 mai 1932, *D.*, 1934, 3, 18, concl. ROUSSELIÉRE et note P. DUCLOS : il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier les conditions dans lesquelles les procédés d'expulsion ont été utilisés car elle a été effectuée par ministère d'huissier en exécution d'une ordonnance de référé rendue même indûment par l'autorité judiciaire.

209 Comp. J. LEYSEN et K. SEYEN, "De gerechtsdeurwaarder als 'arm' van de advocaat", commentaire préc. Cass., 7 décembre 1995, *R.Cass.*, 1997, pp. 45 à 51.

seule, un véritable privilège de l'exécution d'office²¹⁰ en matière non pécuniaire²¹¹. Et cela malgré l'invitation de certaines expressions rencontrées, se rapprochant de "l'exécution par soi-même"²¹², mais désignant en réalité plutôt le remplacement (vraisemblablement).

Il n'est cependant pas possible de définir un privilège pour chaque dérogation, si minime soit-elle, à la moindre formalité, sous peine de multiplier des privilèges insignifiants pour l'ensemble²¹³. Il est préférable de limiter la raisonnable à des critères génériques, tels ceux proposés en guise d'hypothèses (l'autorisation du juge ou la procédure d'exécution comme telle).

De plus, l'avantage dégagé, s'il y en a réellement un, est directement lié au titre exécutoire, à l'instar de la signification. Il est au demeurant très ténu, puisque l'huissier est un officier ministériel protégé par la loi pénale²¹⁴. À la limite, le principal avantage bénéficie à l'administré qui réalise de la sorte une économie financière non négligeable. Les garanties que l'huissier représente - outre sa responsabilité professionnelle - sont principalement faites de formalités généralement prévues par les textes en matière administrative, de manière plus ou moins comparable. La manière de requérir des forces de l'ordre "indépendantes" en constitue notamment une qui ne disparaît absolument pas en l'occurrence²¹⁵, lorsque le recours à la force matérielle s'avère nécessaire. À moins d'y voir à tout prix un privilège "de ou par proximité". Ce qui est déjà plus manifeste lorsque c'est le bourgmestre ou le Ministre de l'intérieur qui agit.

210 À noter au demeurant la préférence réitérée, dans le cas de l'huissier, pour le privilège du préalable et non celui de l'exécution d'office (*idem* en ce qui concerne le commandement à saisie ou autres).

211 À ce stade, la précaution est d'ordre scientifique. Mais on verra précisément, sur base des textes étudiés ci-dessous (B), que l'huissier est requis en matière pécuniaire et administrative. Voy. déjà K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, n° 6, p. 294.

212 Comp. en droit français sp. R. BONNARD, *op. cit.*, 4^e éd., 1943, p. 224 : "mettre en mouvement par elle-même les voies d'exécution forcée"; P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 1983, p. 272, n° 706 : provoquer elle-même la mise en œuvre de l'exécution forcée. Add. C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, p. 290, n° 688 et p. 353, n° 830, C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 35, et A. de LAUBADÈRE, J.-C. VÉNÉZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, T. I, 13^e éd., 1994, n° 977, p. 668. Exécuter soi-même peut toutefois recevoir des sens très différents. Il peut s'agir de faire soi-même ce qu'autrui était tenu de faire, de le faire faire par un service relevant de l'administration au sens large, ce qui peut aller jusqu'à comprendre l'intervention des forces de l'ordre.

213 Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, et T. I, 1982, (année 1952-1953), p. 763, intuitionnant que la différence porte généralement sur des points relativement secondaires, non sur l'essentiel, entre le droit (administratif) jurisprudentiel et le droit civil, sans comparaison toutefois en matière d'exécution forcée, T. II, 1983, (année 1959-1960), pp. 741 à 779. Témoignage d'une inspiration manifeste, selon les uns, voire de la nature des choses, selon les *iusnaturalistes* (mais non sans danger).

214 Le Code judiciaire organise à leur égard une protection pénale renforcée en cas de violences ou d'outrages et de rébellion. Dans la droite ligne de l'article 555 de l'ancien Code de procédure civile, l'article 1394 du Code judiciaire dispose plus précisément que l'huissier de justice insulté dans l'exercice de ses fonctions ou qui se heurte à une rébellion, dresse procès-verbal; il est procédé suivant les règles établies par le Code d'instruction criminelle.

215 Cela même si "forcer" l'exécution ne passe pas nécessairement par l'intervention des forces de l'ordre, la force pouvant procéder d'une voie de fait (coupure des fournitures essentielles : d'eau, de gaz et de courant pour forcer au départ; vider les lieux d'un mobilier et s'y installer en l'absence du débiteur; voy. P. HÉBRAUD, *op. cit.*, R.I.D.C., 1957, p. 199) qui peut s'interpréter comme le comportement consistant à forcer (contre) la volonté du débiteur récalcitrant.

546. Conclusion. De manière plus générale et avant d'aborder les obligations pécuniaires, force est de remarquer, au terme des développements qui précèdent, qu'en ajoutant encore le principe de proportionnalité au droit commun, principe dont le champ d'application s'étend de toute évidence aux droits privé et administratif, le système belge de l'exécution d'office en matière administrative est susceptible de procéder directement des règles civiles et judiciaires en vigueur²¹⁶, à tel point d'encourager la sujétion au droit commun.

Il semble en effet que l'administration ne perde aucune marge de manœuvre dans l'aventure, à supposer du moins que l'exécution d'office concernée soit limitée, comme convenu, aux cas d'habilitation légale expresse - sous réserve de dérogations - ou d'urgente nécessité. Seules quelques garanties isolées peuvent être invoquées dans un cas comme dans l'autre.

Le caractère minimaliste de la législation commune en matière non pécuniaire explique évidemment la compatibilité à laquelle il peut être conclu. Il est d'ailleurs bien difficile d'évaluer les contraintes de l'exécution d'office selon qu'elles procèdent de textes administratifs spécifiques ou de décisions de justice particulières. Dans les deux cas, mise en demeure préalable et respect de la mesure du nécessaire tendent néanmoins à s'imposer comme des règles pratiquement incontournables. Elles procèdent précisément de cette législation, de manière générique (mais imprécise).

La situation est à la fois différente et comparable en matière pécuniaire (B). Différente parce que les règles judiciaires sont nombreuses en la matière. Comparable parce qu'en dépit de ces nombreuses règles, la compatibilité des droits privé et administratif est également au rendez-vous, au point de mettre en cause l'existence de deux privilèges distincts. Pour s'en convaincre, l'étude de la législation administrative est nécessaire. Pour mémoire, elle avait été réservée au moment d'évoquer les privilèges "en législation".

B. Une étonnante compatibilité des droits privé et administratif en matière pécuniaire

547. Une réglementation détaillée. Le Code judiciaire ne donne pas la même latitude aux gouvernements en matière pécuniaire qu'en matière non pécuniaire. Il établit une réglementation détaillée des procédures.

Le contraste avec les autres obligations permet désormais de comprendre pourquoi c'est en matière pécuniaire que l'application du droit commun, à défaut de dérogation légale²¹⁷, est

216 En ce compris les principes de la résistance et de la mise en demeure préalable impartissant un délai suffisant pour s'exécuter.

217 Rem. Cass., 19 décembre 1989, J.T., 1989, p. 276, J.L.M.B., 1989, p. 142, cassant Liège, 21 novembre 1986, J.L.M.B., 1987, p. 253; civ. Eupen (sais.), 27 avril 1993, J.L.M.B., 1994, p. 950 : l'administration fiscale peut sans contrôle préalable du juge "se prévaloir de l'effet obligatoire" de l'article 215, par. 5 (C.I.R.), et "se décerner à elle-même un titre exécutoire" en constatant elle-même le non-respect des obligations de déclaration du par. 4. La Cour d'arbitrage a ultérieurement censuré le dispositif (voy. *infra*, n° 589, note 342).

présenté comme posant le moins de difficultés, comme allant de soi²¹⁸. Sans ce contraste à l'esprit, la doctrine administrative était tentée d'expliquer la différence par la dualité des règles administratives - voire des activités ou de la personne de l'État - dans le prolongement du système français.

Une telle conception n'a plus sa place en droit belge. Au contraire, il est permis d'espérer que toutes les obligations administratives pourront être (ré)intégrées dans une conception plus globale du droit de l'exécution, mais sans préjudice d'éventuelles dérogations.

548. Y compris et surtout en matière fiscale. Le principal champ d'application de ces dérogations concerne les matières fiscales. On y rencontre la plupart des obligations administratives pécuniaires établies au moyen d'actes unilatéraux. La contrainte administrative en est le prototype, sur laquelle débouche le recouvrement de l'impôt.

La matière est très particulière et justifie ainsi que l'on revendique parfois son autonomie par rapport au droit administratif, d'ailleurs consacrée dans l'enseignement. Il ne faut pourtant pas perdre de vue que la matière procède pour l'essentiel d'une administration, certes spécialisée, mais d'une administration quand même. En outre, les prérogatives du fisc ne sont pas seulement d'ordre pécuniaire.

En réalité, l'autonomie du droit fiscal vient surtout de sa législation spécifique qui, à l'instar des règles judiciaires, est relativement détaillée. Avec le recul, la réputation du droit fiscal comme incarnant les privilèges vient également de là.

549. Une doctrine décevante. À l'analyse, pourtant, peu d'auteurs écrivant sur les privilèges se sont véritablement penchés sur les textes relatifs à cette matière. Il faut dire que leur complexité n'est pas qu'apparente. Il faut chaque fois distinguer différents types d'impôts.

En conséquence, les auteurs préfèrent généralement lui réserver la fonction d'une simple illustration. Et lorsqu'ils s'attachent à la question, les résultats de l'analyse sont souvent décevants. L'angle d'approche est en effet celui des privilèges à l'état brut, tels qu'ils ont été dégrossis dans le premier titre.

En droit français, G. DUPUIS et C. EISENMANN focalisent ainsi le débat sur le pouvoir unilatéral du fisc²¹⁹ ou encore sur le caractère suspensif des recours en droit fiscal²²⁰ (aux

²¹⁸ Rapp. R.P.D.B., op. cit., T. 4, "Enregistrement", pp. 573 et 574, n° 15 à 21 (le rapport des lois fiscales avec les lois civiles) : ce n'est que dans le code civil et le code de procédure civile que l'on peut trouver les principes généraux sur l'exercice des actions liées à l'État créancier, à défaut de règles spéciales (une doctrine opposée n'a pas trouvé d'écho).

²¹⁹ Add. G. TIXIER, op. cit., R.S.L.F., 1958, pp. 122 et s.

²²⁰ Voy. C. EISENMANN, op. cit., T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 765 à 774, n° 31 à 46. Rem. n° 38, p. 770 : "La seule question qui compte pour le fond, c'est celle de l'effet des recours sur l'exécution". Et en conséquence n° 41, p. 770 : on aurait pu penser que les décisions fiscales seraient le "paradis des fameux privilèges", ce qui n'est manifestement pas le cas pour le particulier de bonne foi. N° 43, p. 772 : "On est donc très loin, en ce domaine, de l'image d'une administration pouvant aller son chemin jusqu'au bout, sans qu'aucun

risques et périls du contribuable), qui dénote de toute évidence avec le privilège de l'exécution d'office²²¹.

550. Les limites de la comparaison. Il n'est pas possible d'étudier toutes les règles fiscales dans le détail (huit codes et lois générales²²²), pas même en ce qui concerne uniquement le recouvrement, comme l'attestent d'ailleurs les précis de droit judiciaire.

En outre, la matière n'est pas sans controverses, eu égard auxquelles le point de vue développé encourage l'ajustement sur le droit commun (applicable) et décourage, dans la foulée, les pratiques administratives autonomistes²²³.

obstacle régulier puisse suspendre sa marche, l'obliger à s'arrêter et à attendre, - à attendre qu'une juridiction ait statué sur la régularité de ses décisions et son droit à en obtenir ou à en réaliser l'exécution" (sauf avec l'arrêté de débet, spécifique à certaines relations, et distinct de l'état de recouvrement) (add. les majorations p. 770, n° 39, plutôt défavorables à l'administration). Add. G. DUPUIS, op. cit., T. II, 1962, n° 242 à 264, pp. 356 à 382, en ce qui concerne l'exécution provisionnelle, et n° 317 à 330, pp. 353 à 475, à propos du privilège de l'exécution forcée limité à l'arrêté de débet en matière fiscale.

²²¹ Ce n'est pas le cas, en revanche, du contentieux de la suspension.

²²² Les codes des impôts sur les revenus, de la taxe sur la valeur ajoutée, des taxes assimilées aux timbres, des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, des droits de succession, des droits de timbre, des douanes et accises. Auxquels viennent s'ajouter des arrêtés d'exécution, mais aussi les taxes régionales, provinciales ou locales, les redevances radio et télévision et autres. Il n'est pas étonnant que des projets existent, visant à simplifier et unifier la procédure fiscale, et notamment à atténuer le privilège du préalable (le droit exorbitant d'établir un titre exécutoire pour soi-même) en le réservant à la fin de la procédure d'établissement de l'impôt, privilégiant ainsi une procédure d'avis de taxation (éventuellement suivi d'un avis de rectification) permettant de vider la majorité des litiges avant l'établissement du titre exécutoire. Une réforme est intervenue récemment, visant l'instauration d'un véritable droit commun de la procédure fiscale qui s'appliquera à tous les impôts fédéraux. Elle a toutefois été qualifiée de minimaliste par la section de législation du Conseil d'État. Elle n'uniformise pas, en particulier, les impôts directs et indirects. Il subsiste un recours administratif obligatoire à l'impôt sur les revenus et dans le contentieux des taxes communales et provinciales. Parmi de nombreux autres déjà, voy. R. FORESTINI, *La réforme de la procédure fiscale par les lois des 15 et 23 mars 1999*, Bruxelles, Bruylant, 1999; T. AFSCHRIFT et M. IGALSON, "La procédure fiscale après les lois des 15 et 23 mars 1999", *J.T.*, 1999, pp. 489 à 513; C.U.P., *La nouvelle procédure fiscale*, 1999, actes égal. parus in *Act. dr.*, 1999, pp. 397 et s. dont rem., dans la perspective des privilèges, G. de LEVAL, "Réforme fiscale et droit de l'exécution", pp. 503 à 525. Le principal apport de la réforme aura été de consacrer la fonction administrative et non juridictionnelle du directeur régional des contributions (organe de l'administration même qui a procédé à la taxation) en établissant deux degrés de juridiction avant la cassation. L'apport n'est pas négligeable sur le plan théorique, car il coupe court à toute tentative visant à justifier, comme par le passé, le caractère exécutoire du titre fiscal sur base d'une prétendue nature juridictionnelle de l'action administrative !

²²³ Rapp. P. VAN OMMESSLAGHE, op. cit., *J.D.F.*, 1989, pp. 5 à 32; N. PIROTTE, op. cit., *Act. dr.*, 1993, pp. 179 à 237. Au centre des controverses figure la question de l'application des articles 1244 du Code civil et 1334 du Code judiciaire en matière fiscale, à savoir la faculté pour le juge (des saisies ou de "l'opposition") d'accorder des termes et délais. La contrainte fiscale est en effet un acte autre qu'un jugement (quant à lui inéluctablement exécutoire) au sens des articles 1333 et 1334 du Code judiciaire. Parmi les arguments *contra* développés par l'administration fiscale, le privilège du préalable (et l'autonomie du droit fiscal) figure en bonne place... Les termes des dispositions ne s'y opposent pourtant pas. La question est controversée tant en jurisprudence qu'en doctrine. Rem. Cass., 13 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, 469 : le juge ne peut accorder des délais de grâce que pour autant que la loi ne le lui interdise pas, arrêt auquel il a été ajouté en note que tel serait (est) le cas en matière fiscale. Voy. not. pro G. de LEVAL, op. cit., 1988, n° 238, p. 477; J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, pp. 88 à 91; E. BOIGELLOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, pp. 116 à 119 (l'auteur estime toutefois que l'arrêté royal en matière de sécurité sociale n'avait pas à s'occuper de cet aspect des choses, malgré une délégation sur les modalités de recouvrement; il considère aussi

Seuls retiennent ici l'attention le principe de l'application du droit commun, et celui corrélatif de la nécessité d'une loi pour y déroger. Ce dernier est renforcé en matière fiscale par l'article 170 de la Constitution qui consacre le principe de la légalité de l'impôt.

Enfin, l'étude comparative nécessaire à l'identification des privilèges est calibrée sur les usages en matière fiscale. À l'instar des spécialistes en la matière²²⁴, il convient de limiter l'aperçu à deux types d'impôts représentatifs : les impôts sur les revenus et la T.V.A.

1. En matière fiscale

551. Un constat surprenant. L'analyse de la réglementation concernée révèle rapidement un énorme paradoxe. Alors que la matière fiscale incarne les privilèges en doctrine²²⁵ et qu'elle a entraîné des administrativistes dans l'isolement d'un privilège de l'exécution d'office afférent aux conditions complémentaires de l'exécution forcée, à la suite de C. CAMBIER, il appert en fin de compte que le recouvrement des impôts s'effectue en règle générale conformément aux règles judiciaires liées aux voies d'exécution²²⁶ auxquelles il est souvent expressément renvoyé.

Le constat est pour le moins surprenant. Il est valable pour toutes les catégories d'impôts et, de manière plus générale, pour les contraintes. Il confirme l'intérêt de la démarche entreprise. Il explique aussi la référence à l'étonnante compatibilité avec le droit commun en matière pécuniaire.

Certes, quelques règles particulières ont été introduites concernant le recouvrement des impôts, mais elles ne sont pas aussi nombreuses qu'il est généralement présenté et ces dérogations ne permettent pas de conclure à un deuxième privilège supplémentaire par rapport à l'auto-délivrance d'un titre exécutoire. Au contraire même, elles organisent des mesures de suspension de la force exécutoire du titre fiscal. Elles sont donc favorables à l'hypothèse d'un privilège unique.

la dette concernée comme une "dette de droit privé", ce qui n'est pas vraiment nécessaire). *Contra* : M. DASSESSE, P. MINNE et R. FORESTINI, *op. cit.*, 4^e éd., 1996, pp. 54 et 235.

²²⁴ Not. J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, p. 81.

²²⁵ Voy. *supra*, n° 372. Comp. J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, p. 91 : "Faut-il, comme certaines rumeurs tendent à l'accréditer, "payer d'abord, réclamer ensuite", ou le fait même de la contestation va-t-il avoir pour effet de suspendre l'exigibilité de l'impôt ?" L'adage est omniprésent en doctrine. Comp. le sens traditionnel donné au privilège du préalable en matière fiscale locale, in P. VAN ORSCHOVEN, "De lokale belastingen opnieuw in een nieuw kleedje. Over de wet van 24 december 1996 betreffende de vestiging en de invordering van de provincie- en gemeentebelastingen, voor en na het arrest van het Arbitragehof van 18 maart 1998", *R.W.*, 1997-98, n° 30, p. 1461. Comp. H. MATTON, "La Cour des comptes de Belgique et le droit administratif", *R.I.S.A.*, 1955, n° 3, p. 673 : "Dans le domaine de l'impôt, le fisc jouit du privilège du préalable et de l'exécution d'office, dans les conditions prévues par les lois organiques" (indéfini).

²²⁶ G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 477.

552. Les limites du constat. Pour éviter les malentendus, il faut bien insister sur les limites du constat. Il concerne uniquement le recouvrement de sommes, au stade des voies d'exécution. L'établissement unilatéral du titre exécutoire ou son auto-délivrance, quant à lui, procède de règles particulières, que ce soit d'ailleurs en matière pécuniaire ou non. Il en résulte un privilège du préalable incontestable (tel qu'on l'a défini) et qui consiste, de ce point de vue, dans la dispense de l'autorisation préalable du juge. Elle en est le critère.

Tel est l'objet du rôle exécutoire (suivi de l'avertissement-extrait de rôle) en matière d'impôts sur les revenus (sauf les précomptes professionnels et mobiliers enrôlés uniquement à défaut de paiement volontaire, mais y compris le précompte immobilier) et de la contrainte en matière d'enregistrement ou de taxes sur la valeur ajoutée.

Puisque la contrainte est en même temps le premier acte de poursuite²²⁷, la procédure de recouvrement forcé n'est pas encore entamée au stade du rôle. Le contribuable ne doit au rôle qu'une obéissance libre ou volontaire. Seule la contrainte, après sommation sans frais²²⁸ (et l'avertissement-extrait de rôle préalable²²⁹), entame vraiment les poursuites²³⁰ du recouvrement²³¹. La contrainte est "un mode particulier de recouvrement d'une créance (...) dont l'administration a le privilège"²³². Le rôle, quant à lui, est "un acte authentique par lequel l'administration des finances se crée un titre contre le contribuable, et manifeste sa volonté d'exiger le paiement de l'impôt; (que) l'exécutoire donné au rôle, est un ordre pour le contribuable de payer sous peine d'y être contraint, les sommes pour lesquelles il est porté au

²²⁷ Il est donc unique en matière de T.V.A., où la contrainte constitue à la fois le titre de taxation (le premier acte qui matérialise légalement l'existence de la dette) et le titre de poursuite (le premier acte de poursuite pour le recouvrement et la mise en branle des mesures d'exécution).

²²⁸ Un "commandement de payer dans les vingt-quatre heures, à peine d'exécution par voie de saisie", à défaut de payer les impôts dans les deux mois impartis (article 149 de l'arrêté d'exécution C.I.R.).

²²⁹ Rem. l'article 413 du C.I.R. au terme duquel les impôts directs sont payables dans les deux mois de l'envoi de l'avertissement-extrait de rôle, sauf notamment lorsque les droits du Trésor sont "en péril" (ce qui est contestable devant le juge des saisies). Sur cette base, l'arrivée imminente de la prescription n'est toutefois pas considérée comme permettant de se dispenser d'accomplir les formalités préalables à l'enrôlement au nom d'un péril (Bruxelles, 9 mai 1984, *J.T.*, 1984, p. 429 : la loi d'impôt ne permet pas à l'administration de rendre exécutoire des impositions "à titre conservatoire") ...

²³⁰ Rem. en droit français C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 36, p. 768 : "Parce qu'elles sont l'œuvre d'agents judiciaires - huissiers, commissaires-priseurs -, on les nomme "poursuites judiciaires", c'est le langage de la loi, - aujourd'hui du Code général des impôts. L'appellation est cependant très mauvaise, parce qu'elle fait naturellement penser à des poursuites devant les tribunaux, à des voies juridictionnelles (...)", ce qui n'est pas vraiment le cas.

²³¹ Rem. en droit français G. TIXIER, *op. cit.*, *R.S.L.F.*, 1958, p. 128 (la "prérogative fiscale autonome") pour qui le rôle "exécutoire" ne bénéficierait pas en tant que tel des prérogatives d'exécution forcée, plutôt imparties à la contrainte. À noter aussi les pénalités dérogatoires au droit commun mais extérieures à l'exécution d'office comme telle. À noter encore le texte de l'exécutoire, tiré du Manuel de recouvrement (N. PIROTTE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1993, p. 187, note 13) : "Nous, soussigné, directeur-régional des contributions directes, enjoignons à tous les redevables dénommés au présent rôle, à leurs représentants, fermiers, locataires, régisseurs, administrateurs et courtiers d'acquitter respectivement les cotes qui y sont reprises, sous peine d'être poursuivis par voie de contrainte". On parle à cet égard de "formule exécutoire" (M. DASSESSE, P. MINNE et R. FORESTINI, *op. cit.*, 4^e éd., 1996, p. 213).

²³² D. CHABOT-LÉONARD, *op. cit.*, 1979, p. 45 : "une voie spéciale d'exécution forcée".

rôle"²³³. Bref, "Par l'exécutoire donné au rôle l'administration se crée, elle-même, un titre légal de perception, un titre exécutoire"²³⁴.

Avant le rôle, les agents chargés de l'établissement de l'impôt sont sans titre pour en réclamer le paiement et, après le rôle, c'est au receveur des contributions qu'appartient la poursuite en recouvrement. La contrainte est signifiée par exploit d'huissier de justice et constitue le titre légal des poursuites venant compléter le titre légal de perception. Bref, "on pourrait dire que la contrainte est au rôle ce que l'expédition est à la minute d'un jugement"²³⁵.

553. L'efficacité limitée du titre exécutoire fiscal. En ce qui concerne le recouvrement (et le privilège de l'exécution d'office annoncé), par contre, il peut être avancé, certes de manière un peu caricaturale, que le privilège du préalable a pour corollaire une efficacité quantitativement limitée du titre exécutoire fiscal²³⁶.

En matière d'impôts sur les revenus, l'efficacité du titre est quantitativement limitée car, s'il peut donner lieu à une exécution forcée immédiate, celle-ci est diminuée à concurrence de l'incontestablement dû²³⁷ (sous réserve de mesures conservatoires pour le surplus)²³⁸ en cas de réclamation ou de recours (dès lors partiellement "suspensifs"). D'un point de vue qualitatif, par

²³³ Cass., 17 juin 1929, *Pas.*, 1929, I, 246.

²³⁴ Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. préc. Cass., 19 novembre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1278 et *Rev. not. belge*, 1993, p. 148. La contrainte serait l'ordre (informel) donné par le receveur à l'huissier de procéder aux actes de poursuite, dont le premier est le commandement. Au stade de la saisie-arrest conservatoire, la contrainte n'est donc pas requise, puisque l'huissier n'intervient pas.

²³⁵ Civ. Liège (sais.), 18 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 498 : "l'expédition n'est évidemment pas l'ordre donné par le créancier à son huissier de justice d'entreprendre l'exécution forcée". À une différence près cependant en matière de T.V.A. : ce n'est qu'à défaut d'opposition (d'action en justice) que la contrainte finit par constituer "un titre exécutoire ayant force de jugement" (Cass., 8 avril 1859, *Pas.*, 1859, I, 344 et concl. proc. gén. LECLERCQ; *Rec. gén.*, 1859, n° 3.691, p. 353; à l'époque par le simple visa du juge de paix, en sachant bien qu'il s'agissait d'une compétence liée du juge, dès lors peu représentative en termes de séparation des pouvoirs). Il s'agit donc d'une sorte de jugement par défaut, auquel il convient de faire opposition (D. CHABOT-LÉONARD, *op. cit.*, 1979, p. 4).

²³⁶ Le parallèle peut être fait avec l'acte notarié en matière pécuniaire, également susceptible de termes et délais et de contestation au fond de la créance elle-même (distincte du titre exécutoire lui-même ou de l'*instrumentum*) dont les effets peuvent être d'une certaine manière suspensifs. Il permet de conclure à une sorte de "privilège du préalable conventionnel". À noter toutefois que ce "privilège" est strictement organisé par la loi et limité en pratique aux obligations non pécuniaires.

²³⁷ Il s'agit de l'impôt qui correspond aux revenus déclarés ou non contestés dans le cours d'une procédure de rectification, ou, lorsqu'il a été établi d'office à défaut de déclaration, l'impôt qui n'excède pas le dernier impôt définitivement établi à charge du redevable pour un exercice d'imposition antérieur. Autrement dit, seul l'incontestablement dû est considéré comme une dette liquide et certaine.

²³⁸ Voy. les articles 409 à 411 (modifiés) du C.I.R. au terme d'une controverse tranchée par la Cour de cassation en 1998; J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, pp. 91 et 92; R. FORESTINI, *op. cit.*, 1999, pp. 91 et 92, n° 87 à 89; T. AFSCHRIEF et M. IGALSON, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 493, n° 24 à 26; G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, pp. 504 et 505 (la mesure d'exécution entamée avant la réclamation ne produira plus que des effets conservatoires). À considérer favorablement la faculté pour le juge d'accorder des termes et délais, l'efficacité exécutoire du titre fiscal est encore moins inéluctable que celle du titre judiciaire.

contre, une série de droits et privilèges du Trésor assurent l'effectivité du recouvrement²³⁹. Ceux-ci n'entrent toutefois pas en ligne de compte dans la définition retenue du privilège. Ils se rapportent plutôt aux privilèges au sens civil du terme.

En matière de T.V.A.²⁴⁰, en revanche, l'action en justice (l'ancienne "opposition à contrainte" directement devant les tribunaux) suspend l'exécution. Mais un référé-provision permet à l'administration fiscale d'éviter les manœuvres dilatoires²⁴¹. Tel est le cas, du moins, d'une opposition fondée sur le bien-fondé de la taxation, portée devant le tribunal de première instance ou le juge de paix, selon le montant en jeu. Si la contestation porte sur la régularité d'une mesure d'exécution, elle est portée devant le juge des saisies susceptible de prononcer la mainlevée, l'opposition n'ayant pas d'effet suspensif en droit commun.

554. Le renvoi aux règles judiciaires de l'exécution forcée. On se souvient que le critère avancé pour définir le privilège de l'exécution d'office n'est pas tellement l'absence de recours suspensif - d'ailleurs ici contesté -, mais plutôt la dispense des conditions supplémentaires posées par le Code judiciaire à l'exécution forcée sur base d'un titre exécutoire. Or, de ce point de vue, il est généralement référé aux règles judiciaires en législation. De telle manière qu'il faut conclure à l'absence d'un réel privilège en matière pécuniaire sur ce point.

On ne peut omettre ici l'article 94 de l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'État, confirmant que la contrainte constitue bien le titre légal de perception de l'impôt indirect²⁴², même si l'on dépasse de la sorte le champ fiscal. La disposition est en effet largement citée à titre d'exemple du privilège en doctrine.

"Toute somme due à l'État ou à des organismes d'État²⁴³ dont le recouvrement est poursuivi par l'administration de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'enregistrement et des domaines peut être récupérée par voie de contrainte (...) décernée par le receveur chargé du recouvrement; elle est visée et rendue exécutoire par le directeur de l'administration précitée et est signifiée par exploit d'huissier de justice". L'exploit comporte commandement de payer les sommes dues en

²³⁹ M. DASSESSE, P. MINNE et R. FORESTINI, *op. cit.*, 4^e éd., 1996, pp. 243 et s. *Add.* les accroissements d'impôts, les amendes administratives et les sanctions pénales. *Add.* aussi les modes de poursuite indirecte à l'encontre des tiers détenteurs en matière d'impôts sur les revenus (la saisie-arrest en forme simplifiée). Il s'agit d'une garantie supplémentaire pour le Trésor. Comp. J. SAROT, in *Rapports ...*, *op. cit.*, T. I, 1982, p. 696 en matière d'impôts, l'article 300 C.I.R. dérogeant à l'article 1494 du Code judiciaire en permettant à l'administration de prendre ses garanties et de procéder à la saisie et aux autres mesures destinées à garantir le recouvrement de l'impôt.

²⁴⁰ Voy. les articles 85, 89 et 92 du C.T.V.A.

²⁴¹ Par contre, en l'absence d'une disposition légale explicite, l'administration fiscale ne peut pas retenir les soldes créditeurs, même provisoirement. Voy. J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, pp. 97 et 98, pour qui l'article 1291 du Code civil prohibe une telle pratique, l'administration confondant de la sorte saisie entre ses propres mains et compensation. Quant à la recevabilité de l'appel auparavant conditionnée à une consignation, elle a été sensiblement revue à l'article 92 du code en 1999.

²⁴² Les différentes législations réfèrent au recouvrement par la contrainte.

²⁴³ Y compris aux régions et communautés (loi du 18 décembre 1986).

principal, intérêts et frais. Mais pour le reste, l'exécution forcée a lieu conformément aux règles judiciaires liées aux voies d'exécution²⁴⁴.

Cela n'est pas sans importance puisque, en conséquence, sauf dérogation légale, le dispositif ne s'applique qu'aux sommes dues à l'État ou à des organismes d'État, c'est-à-dire celles qui ont le caractère d'une créance certaine (légalement et définitivement due)²⁴⁵.

G. de LEVAL en conclut que "Le privilège du préalable n'est plus ce qu'il était !" ²⁴⁶

244 Rapp. Ministère de l'éducation nationale, *Créances de l'État. Recouvrement et prescription*, Vade-mecum, Droit financier n° 3, 1987, p. 38. Les créances doivent être certaines (p. 37) et une loi doit prévoir leur recouvrement par voie de contrainte (comp. G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 239, p. 479, note 2.084, *contra* dans le sens d'un texte à portée générale).

245 La créance dont ni l'existence ni le montant ne doivent encore être vérifiés par le pouvoir judiciaire, selon M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 9, p. 16. Voy. Cass., 10 mars 1961, *Pas.*, 1961, I, 752, au terme de l'article 3 de la loi domaniale du 22 décembre 1949 (coordonnée depuis) : la créance n'était pas certaine en l'espèce car l'administration disposait expressément d'une action en justice pour le recouvrement des frais concernés (*notamment* en cas de contestation) dont la mise à charge supposait au demeurant une appréciation de solvabilité. Voy. plus récemment Cass., 13 février 1992, *Pas.*, 1992, I, 519 : la disposition légale, si générale soit-elle (le demandeur en cassation soutenait qu'il ne serait pas requis qu'une disposition légale prévoie spécialement que cette créance puisse être récupérée par l'administration des domaines, car toute créance quelconque appartenant à l'État ou à un organisme d'État pourrait être récupérée de la sorte), ne s'applique toutefois qu'aux créances certaines, c'est-à-dire non sérieusement contestées - avec l'accord du défendeur - ou procédant d'une décision judiciaire exécutoire. L'administration doit ainsi recourir à la procédure judiciaire lorsqu'il lui incombe d'établir le caractère certain de sa créance. Indépendamment même d'un texte autorisant la contrainte (la condition est requise en amont et dépasse le propos). *Add. not. Gand*, 12 janvier 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 479 et note; Liège, 10 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1687, note G. de L. (à noter la volonté perceptible de sanctionner le silence persistant du législateur en 1991 à propos du caractère général ou non de la disposition); civ. Liège (sais.), 12 mai 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 954; déjà C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 163, ou encore BASTINÉ, *Droit fiscal*, I n° 274 : "La contrainte étant une voie d'exécution ne peut être décernée que lorsque la dette existe et qu'elle est exigible. Ce n'est donc qu'après l'expiration des délais accordés par la loi pour le paiement, que le contribuable peut être contraint"; G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, p. 518. *Add. Cass.*, 24 novembre 1892, *Pas.*, 1893, I, 30 et concl. M. le proc. gén. M. MESDACH de ter KIELE, ainsi que Cass., 8 juillet 1880, *Pas.*, 1880, I, 266 et concl. M. le proc. gén. MESDACH de ter KIELE, alors pr. av. gén. : lorsque l'estimation d'experts sert de base à l'impôt, c'est seulement après les opérations de ces experts que le droit, à raison de l'insuffisance de l'estimation, devient certain, liquide et exigible et que l'administration acquiert un titre à sa perception et peut décerner une contrainte à défaut de paiement. Jusqu'à ce moment, une contrainte porterait sur une somme non encore légalement ni définitivement due au fisc et, loin d'être un acte obligatoire pour l'administration, elle constituerait une poursuite prématurée et frustratoire. *Add. civ. Hasselt*, 31 juillet 1922, *Jur. Liège*, 1922, p. 276 : une contrainte non signifiée ne peut être considérée comme un titre suffisant permettant la saisie-arrest, et *idem* pour les notifications fiscales tardives d'ailleurs, au terme de civ. Eupen (sais.), 27 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 950; civ. Bruxelles (sais.), 14 mai 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 957. *Rem. Cass.*, 20 novembre 1930, *Pas.*, 1930, I, 366 : est légal l'arrêt qui valide une saisie-arrest en se fondant sur une décision non critiquée - devant les juges compétents - du directeur des contributions rendant exécutoire un rôle de contributions directes. *Comp. Cass.*, 7 décembre 1998, *Bull.*, 1998, 1183 et concl. conf. av. gén. J.-F. LECLERCQ; *Justel*; et extraits en obs. sous C.T. Liège, 22 janvier 1999 (comp.), *J.L.M.B.*, 1999, pp. 340 et 341, concernant l'existence d'un contrat de travail conditionnant l'assujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés et dont l'appréciation, en l'occurrence négative, relève du pouvoir d'appréciation de l'administration. Il ne s'agit toutefois pas ici d'une voie d'exécution, mais d'une décision administrative "d'office" largement en amont concernant l'application de la loi, même si le privilège du préalable - selon un autre sens - était invoqué par le demandeur en cassation et l'av. gén. La nuance est décisive.

246 G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, p. 519 : dès que le pouvoir public a conscience que sa créance peut être sérieusement contestée, la voie judiciaire s'impose *a priori*; en cas d'opposition suspensive du débiteur, en toute hypothèse, la charge de la preuve lui incombe. Ainsi, "Les restrictions à la faculté pour l'administration de

555. **Vérification.** Tel est également le cas en matière de T.V.A. et d'impôts sur les revenus²⁴⁷.

Selon l'article 89, alinéa 1^{er} du C.T.V.A.²⁴⁸, "(...) l'exécution de la contrainte a lieu compte tenu des dispositions de la cinquième partie, titre III du Code judiciaire relatif à l'exécution forcée". Les aménagements sont peu nombreux²⁴⁹ : les articles 85, §§ 1 et 2 et 85 bis du code concernent la contrainte et ses effets, et la saisie-arrest-exécution entre les mains d'un tiers sur les sommes et effets dus ou appartenant au redevable²⁵⁰. La contrainte peut néanmoins être notifiée par pli recommandé à la poste ou être signifiée par exploit d'huissier de justice avec commandement de payer. Au terme de l'article 89, alinéa 2, l'exécution de la contrainte ne peut être interrompue que par une action en justice.

Au terme de l'arrêté d'exécution du C.I.R. (articles 146 et s.)²⁵¹, les poursuites directes pour le recouvrement des impôts directs et des précomptes non acquittés dans les délais légaux, s'exercent en suite de contraintes décernées par les receveurs détenteurs des rôles ou assimilés et comprennent le commandement de payer dans les 24 heures, à peine d'exécution par voie de saisie. Une fois le délai du commandement expiré, les poursuites s'exercent selon le type de saisies correspondant pour lesquelles l'arrêté renvoie successivement, pour l'essentiel²⁵², au Code judiciaire²⁵³.

se délivrer à elle-même un titre exécutoire sont de plus en plus nombreuses; le principe serait-il qu'un contrôle judiciaire préalable, ne fût-ce que sommaire, doit pouvoir être exercé ?" Avec le recul, une telle réflexion illustre l'illusion ancienne d'un privilège absolu. *Contra* A. JACOBS (eerste attaché van financiën), "Niet-fiscale schuldverdringen van de overheid : het dwangbevel", *R.W.*, 1997-1998, pp. 1424 à 1426. L'auteur insiste au contraire sur ce que seule l'opposition "reque" permet de paralyser définitivement la contrainte (il faut faire opposition et il ne suffirait pas de faire opposition pour être quitte, car elle peut être rejetée si elle n'est pas sérieuse et conforter alors le titre exécutoire qu'est la contrainte) et qu'un renforcement législatif de la contrainte est enregistré pour certaines créances uniquement contestables dans un délai déterminé et qui seraient définitives passé ce délai.

247 *Rem. Liège*, 19 mai 1994, *J.T.*, 1995, p. 71 et *F.J.F.*, 1995, p. 367 : le privilège du préalable consiste dans le pouvoir de se donner à elle-même un titre exécutoire, mais la procédure de réclamation organisée par le Code des impôts sur les revenus n'a pas pour portée de déchoir le contribuable du droit de contester sa dette comme le soutient l'administration, les cotisations étant, selon elle, définitives à défaut de réclamation. En vertu de l'article 1494 du Code judiciaire, il appartient au juge des saisies de vérifier si l'exécution forcée a lieu en vertu d'un titre exécutoire et pour choses liquides et certaines, dont la première vérification porte sur la régularité du titre. Or, en l'espèce, il s'est avéré que l'administration n'a pas respecté une formalité substantielle consistant dans l'obligation d'informer le contribuable par lettre recommandée à la poste de la rectification de sa déclaration. D'où l' "annulation de la cotisation et du titre qui la constate".

248 La loi du 3 juillet 1969 créant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée. Tel est également le cas du Code des droits d'enregistrement : voy. G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 617.

249 Auxquels il faut ajouter les privilèges du Trésor et la consignation (de l'article 92) des sommes dues en cas d'appel du jugement rejetant l'action en justice introduite par le débiteur, eu égard aux données concrètes du dossier.

250 De nombreuses références sont faites au Code judiciaire à l'article 85bis C.T.V.A., et notamment à la saisie-arrest-exécution par exploit d'huissier en cas de résistance.

251 L'arrêté est pris en exécution de l'article 300, § 1^{er}, 1^o du C.I.R. (l'arrêté royal du 10 avril 1992 portant coordination des dispositions légales relatives aux impôts sur les revenus, confirmé par la loi du 12 juin 1992, article unique) qui habilite le Roi à déterminer le mode à suivre pour les déclarations, la formation et la notification des rôles, les paiements, les quittances et les poursuites.

252 Quelques aménagements peuvent être signalés. En cas de saisie-exécution mobilière (articles 151 à 156 A.E.C.I.R.) : la réquisition de la quittance des acomptes éventuellement versés sur les impositions; le caractère

556. Conclusion. En somme, malgré des propos souvent peu nuancés à cet égard en doctrine²⁵⁴, seul le privilège du préalable est véritablement reconnu à l'administration fiscale par les lois relatives aux impôts²⁵⁵. De surcroît, il est dûment compensé par l'effet suspensif ou partiellement suspensif attaché aux recours.

Il doit également être nuancé par l'existence, en droit commun, d'une procédure sommaire d'injonction de payer²⁵⁶. Certes, la comparaison n'est pas vraiment autorisée, puisque celle-ci comporte l'intervention du juge, même si elle est facilitée. Mais il faut en tenir compte dans l'évaluation du privilège et de son importance. D'autant que la procédure présente un recours en opposition qui n'est pas sans laisser penser à l'opposition en matière fiscale.

Pour le reste, la procédure d'exécution forcée en tant que telle se réalise sous le contrôle (éventuel²⁵⁷) du juge des saisies (même s'il n'intervient pas *a priori*), comme en droit

suspensif de l'opposition quant à la forme des actes dans l'attente d'une décision judiciaire dans les délais les plus brefs; la saisie-exécution mobilière directe sans signification préalable d'un commandement à l'égard des redevables qui, par enlèvements d'objets mobiliers ou autrement, tenteraient de faire disparaître ou simplement de diminuer les garanties du Trésor. Dans l'éventualité d'une saisie-exécution immobilière: l'autorisation nécessaire du Ministre des finances par l'intermédiaire du directeur des contributions directes et ce préalablement à la saisie, sauf en cas d'urgence (article 160 A.E.C.I.R.). Soit pas vraiment des aménagements favorables à l'administration fiscale.

253 Rem. l'article 173 stipulant que les frais de poursuites sont à charge des redevables retardataires.

254 C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, pp. 138 à 142; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 477 (en note 2.074, l'auteur renvoie aux articles préétablis de l'A.C.I.R. pour faire état de procédures particulières et simplifiées); J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, p. 98 (et p. 106), où les auteurs confrontent l'article 1494 du Code judiciaire et les privilèges entendus du préalable et de l'exécution d'office. Ils viennent pourtant d'établir le contraire en soulignant le caractère suspensif des recours en matière fiscale et n'apportent aucun élément (au contraire, ils rapprochent les droits commun et fiscal) permettant d'établir le privilège de l'exécution d'office (défini p. 81 comme le caractère immédiatement exécutoire du titre). *Add.* M. DASSESE, P. MINNE et R. FORESTINI, *op. cit.*, 4^e éd., 1996, p. 232, à propos de l'incontestablement dû en matière d'impôts sur les revenus, le principe formulé de l'absence d'effet suspensif de l'exigibilité de la dette d'impôt par la réclamation, alors que "Comme souvent en matière fiscale, les textes énoncent l'exception, laissant le principe dans l'ombre" (J.-P. BOURS et N. PIROTTE, in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, p. 91).

255 Rapp. V. HAIM, "Les créances publiques et le privilège du préalable", *D.*, 1994, pp. 217 et 218. Rapp. Ministère de l'éducation nationale, *op. cit.*, 1987, pp. 31 et 37. La dérogation au droit commun est bien identifiée dans le dispositif selon lequel l'administration est "dispensée d'introduire une procédure judiciaire en vue de poursuivre l'exécution forcée des créances qu'elle est chargée de recouvrer", c'est-à-dire de solliciter un titre exécutoire. Rem. le recours à l'huissier de justice comme en droit commun, même si ce dernier peut être un huissier *ad hoc* des contributions directes (articles 167 et s. A.E.C.I.R.), disparu en pratique (G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, pp. 514 à 517, une manière apparemment coûteuse de procéder sans huissiers propres à l'administration, mais précieuse pour garantir l'impartialité de l'exécution !), et sans conséquence pour l'administré. Comp. encore G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, pp. 617 et 618, classant la matière de l'impôt parmi les procédures de saisie simplifiées et alternatives, dont il ne ressort pas plus que ce que l'on a indiqué, et parmi lesquelles figurent également en "droit commun" la délégation de sommes en matière d'aliments (mandat ou saisie-arrest simplifiée ?) et la cession de rémunération par acte sous seing privé.

256 Voy. les articles 1338 et s. du Code judiciaire.

257 Sauf en matière de saisie-exécution immobilière, le juge des saisies désignant alors le notaire instrumentant.

commun²⁵⁸. Il n'y a manifestement pas matière à un privilège de l'exécution d'office²⁵⁹ tel qu'on l'entend généralement ou à la mesure de l'expression plutôt radicale.

En effet, les éventuels tempéraments aux règles judiciaires sont mineurs ou particuliers, comme la notification au lieu de l'exploit d'huissier en matière mobilière et de T.V.A., au demeurant intimement liée au titre exécutoire; voire l'accès plus rapide aux mesures conservatoires avec la contrainte - sauf opposition suspensive - par rapport à la décision de justice qui suppose notamment le passage par le greffe. Le résultat n'est toutefois pas une véritable accélération renforcée, comme l'expression le laisse entendre.

En outre, les tempéraments concernent surtout la saisie-arrest (l'hypothèse où le fisc préfère s'adresser à un tiers créancier du redevable). Le privilège correspondant devrait ainsi prendre son nom, à l'instar des privilèges au sens propre ou civil (les sûretés ou garanties de l'État)²⁶⁰.

En définitive, il semble même que la décision de justice soit plutôt "privilégiée" par rapport au titre fiscal d'un point de vue qualitatif au stade des voies d'exécution²⁶¹. Il n'est pas utile d'aller plus loin dans le détail des comparaisons pour en avoir le cœur net. Même s'il faut reconnaître quelques "mesures privilégiées", le terme privilège est, en soi, démesuré pour servir à les désigner.

258 Comp. D. CHABOT-LÉONARD, *op. cit.*, 1979, p. 46; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 239, p. 478. *Add.* P. COENRAETS, "Les règles relatives au recouvrement des impôts communaux et l'article 10 de la loi du 23 décembre 1986", *Droit communal*, 1993, pp. 213, 214 et 216 (l'exécution parée ou par voie parée).

259 Rem. néanmoins R. FORESTINI, "La légalité de la retenue du crédit d'impôt par l'administration de la T.V.A.", obs. crit. sous Liège, 26 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 533, l'auteur identifiant à l'article 81, § 3 de l'arrêté royal n° 4 du 29 décembre 1969 relatif aux restitutions en matière de T.V.A., pris en exécution de l'article 76, § 1^{er}, al. 3 du C.T.V.A., une forme de saisie-arrest conservatoire (sur soi-même) simplifiée ne requérant ni célérité ni une créance certaine, liquide et exigible (conditions posées par les articles 1413 et 1415 du Code judiciaire, en l'occurrence dispensées ou incompatibles). La Cour n'est pas d'accord avec cette interprétation et soutient l'existence d'un mécanisme autonome, même s'il a les effets d'une saisie conservatoire sans devoir (précisément) en respecter les conditions. Seule la lecture diffère donc, celle de l'auteur, favorable à une lecture civiliste, s'autorisant du texte de l'article 76, § 1^{er}, al. 3 combiné avec les travaux préparatoires (rem. p. 538, n° 8 et note 11). Il faut bien noter que le "privilège de l'exécution d'office" évoqué est en réalité très ponctuel, seulement conservatoire et lié à une situation infractionnelle. *Add.* sur la question *infra*, n° 559, et sp. n° 589 pour des développements récents. Rem. le même mécanisme de retenue en matière sociale à l'article 28 de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, partiellement annulé par C.A., n° 80/95, 14 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 484 (sommaire), analysé plus loin (section 3, n° 589, note 343).

260 Rapp. les développements de G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, pp. 617 et 618, sur les procédures simplifiées et alternatives, insistant sur la suffisance du droit commun à cet égard; *add.* G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, p. 510 et la saisie-arrest fiscale étudiée séparément. Mais même dans le champ limité de la saisie-arrest, les tempéraments sont limités à quelques formes (comp. N. PIROTTE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1997, p. 586 et note 7, les seules dérogations acceptables dans le cadre des poursuites indirectes vu la jurisprudence de la Cour d'arbitrage afin de protéger les droits du Trésor) qui se rapportent (à nouveau) surtout au titre exécutoire.

261 Cela dit, le rôle, même en cas de réclamation, constitue un titre suffisant pour pratiquer, en cas d'urgence, une saisie conservatoire sans autorisation préalable du juge des saisies: il est assimilé à un jugement ou à un acte notarié au sens de l'article 1414 du Code judiciaire (G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 168, p. 320; *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, p. 505, note 4).

2. En matière sociale

557. La contrainte. Pour élargir les perspectives, il faut prendre conscience que le droit fiscal n'épuise pas le champ des obligations administratives pécuniaires dont le recouvrement forcé peut être autorisé sans l'autorisation préalable du juge. L'article 94 de l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'État en est sans doute le meilleur indicateur. Il y est souvent référé. Son dispositif classique vient d'être étudié.

La contrainte trouve en réalité des applications dans tous les secteurs du droit plus ou moins administratif, comme en droit social, ou même en matière non pécuniaire, lorsque les frais de l'exécution d'office, légale ou judiciaire, sont recouverts par contrainte. Le cas échéant, l'administration fiscale prête son ministère, en quelque sorte.

En droit social²⁶², la réglementation est calquée sur le droit fiscal. L'article 40 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs établit en faveur de l'O.N.S.S. le principe de la récupération facultative par voie de contrainte des sommes qui lui sont dues (sans préjudice de son droit de citer devant le juge). Il confie en même temps au Roi le règlement des conditions et des modalités de poursuite par voie de contrainte ainsi que la mise à charge des frais en résultant.

Les articles 43bis et suivants de l'arrêté d'exécution du 28 novembre 1969 y sont consacrés. Les articles 43bis, alinéas 2 et 43 *quinquies* doivent être épinglés : le rôle rendu exécutoire vaut titre exécutoire en vue du recouvrement (par voie de contrainte) et, sauf opposition (sinon la créance n'est pas certaine - au terme de l'article 1494 du Code judiciaire difficilement conciliable avec le "privilège du préalable" au sens de la présomption non suspensive -, et la mesure d'exécution peut être contestée devant le juge des saisies, sauf la saisie conservatoire), il est prévu que l'O.N.S.S. peut faire pratiquer la saisie conservatoire et exécuter la contrainte en usant des voies d'exécution prévues à la cinquième partie du Code judiciaire.

558. La récupération d'office des prestations sociales. Un autre mécanisme retient encore l'attention car il semble à première vue déroger aux règles judiciaires de l'exécution forcée au-delà du privilège du préalable. Il s'agit (parmi d'autres²⁶³) des décisions de récupération d'office des prestations sociales payées indûment, prévues à l'article 1410, § 4 du Code judiciaire.

²⁶² Voy. E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, pp. 109 à 119 et 127 à 131 (contrainte et sécurité sociale).

²⁶³ Voy. encore la loi du 6 juillet 1983 et les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux n° 201 du 25 juillet 1983 et n° 286 du 31 mars 1984 organisant les prélèvements sur toute somme due aux personnes morales de droit public par l'État, d'abord à la demande de l'administration des contributions directes pour garantir le paiement du précompte professionnel d'une personne morale de droit public, ensuite à la demande de l'O.N.S.S. pour payer les cotisations, majorations de cotisations, intérêts de retard ou cotisations de solidarité d'une personne morale de droit public, et ce afin de remédier à leur immunité relative d'exécution.

La disposition permet aux organismes chargés de l'application de la législation sociale de récupérer d'office, à concurrence de 10 pour-cent de chaque prestation ultérieure fournie au bénéficiaire débiteur ou à ses ayants droit, des prestations payées indûment à l'aide des ressources de l'O.N.S.S. ou d'autres organismes qu'il cite²⁶⁴.

En dépit des apparences, il sera conclu, au terme des développements qui suivent, que même le privilège du préalable, au sens où il a été défini (l'auto-délivrance d'un titre exécutoire), n'est pas mis en œuvre en l'espèce.

559. La nature controversée du mécanisme. Par nature, la récupération sur prestations ultérieures, à l'instar des retenues sur salaires²⁶⁵, présente l'avantage de la facilité pour celui qui récupère. Il lui suffit d'opérer un décompte et d'omettre une partie d'un versement, ce qui, concrètement, semble pouvoir se faire en toute autonomie²⁶⁶.

Dans une telle occurrence, il paraît même artificiel de vouloir distinguer une décision de récupérer de la récupération elle-même, puisque tout semble dépendre d'une seule et même volonté. Tel ne peut évidemment pas être le cas, surtout en matière administrative. Même si, en cas d'illégalité, l'esprit balancera, intuitivement, entre la décision illégale et l'agissement matériel constitutif de voie de fait. D'autant qu'en pratique, il n'est pas exclu que les récupérations se produisent sans la notification d'une décision préalable.

On retrouve à peu près les mêmes hésitations dans l'analyse du mécanisme en doctrine et en jurisprudence, voire même en législation. Certains assimilent la récupération d'office à un mode d'exécution forcée²⁶⁷. On a ainsi relevé l'identification d'une procédure de saisie-arrest simplifiée^{268 269}, voire d'un "système particulier d'exécution, en dehors de la cinquième partie

²⁶⁴ D'autres alinéas de l'article 1410, § 4 du Code judiciaire établissent des mécanismes apparentés et même de subrogation légale d'office (al. 10 et 11).

²⁶⁵ Voy. *supra*, n° 374 et s., au sein de l'analyse du système français de l'exécution d'office administrative. La principale différence entre la présente récupération d'office et la retenue sur salaire est qu'ici une loi particulière existe et permet la récupération d'office, ce qui n'était pas le cas des retenues sur salaires. Celles-ci étaient au contraire prohibées par le Code judiciaire et la loi sur la protection de la rémunération, avec pour conséquence leur illégalité manifeste.

²⁶⁶ Ce n'est pas le cas de la récupération d'office prévue à l'article 1410, § 4, al. 3, à défaut de prestation encore due par un des organismes cités, à leur demande mais par un autre organisme ou service versant l'une des prestations visées au § 1^{er}, 2^o, 3^o, 4^o, 5^o et 8^o, toujours à concurrence de 10 pour-cent. Ou plutôt c'est moins le cas, car les administrations s'arrangent entre elles, le cas échéant.

²⁶⁷ Rem. V.P., obs. sous C.T. Bruxelles, 22 mars 1974, *J.T.T.*, 1974, p. 152 et la récupération "sans titre de saisie" (idr); trav. Charleroi, 18 septembre 1975, *Rev. dr. soc.*, 1976, p. 231, impl. (sur base des privilèges); trav. Charleroi, 3 février 1977, *Rev. dr. soc.*, 1977, p. 434 (avis contr. min. publ.) : une saisie-arrest conservatoire sur soi-même ou entre ses propres mains. *Add. C.A.*, n° 80/95, 14 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 484 (sommaire), le droit commun des saisies conservatoires servant de base à une comparaison avec des retenues en garantie excluant dès lors la compensation.

²⁶⁸ E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, p. 119, n° 10 et p. 121, n° 14, mais expr. *contra* (en faveur de la compensation) n° 16, p. 123 (rem. déjà pp. 120 et 121, n° 13 et 15) de manière un peu confuse. Rem. G. de LEVAL, op. cit., 1988 : l'auteur est certes contraire à une saisie-arrest-exécution simplifiée (n° 93, p. 183) mais, à un autre endroit, il ne se réfère pas moins à l'exemple de l'article 1410, § 4 du Code judiciaire pour faire état de dérogations au mécanisme des saisies à travers une saisie-arrest-exécution simplifiée ou une procédure particulière simplifiée (n° 238, p. 477 et note 2.074, certes avec renvoi au n° 94). Comp. au

du Code judiciaire relative aux voies conservatoires et d'exécution²⁷⁰. D'autres réagissent différemment et voient dans le mécanisme une forme de compensation²⁷¹, une compensation légale pour être précis, ce qui reflète particulièrement bien sa complexité en pratique²⁷².

560. Entre saisie et compensation. Il faut s'inquiéter d'une telle divergence de vue sur la qualification du mécanisme. Contrairement à ce que certains protagonistes paraissent croire, elle n'est en effet pas sans conséquences théoriques et pratiques, surtout lorsqu'est évoquée une forme d'exécution forcée simplifiée. Le seul fait d'évoquer l'idée de simplification peut paraître

demeurant G. de LEVAL, *La saisie-arrêt*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1976, p. 127, n° 68.A : la décision revêt par elle-même un caractère exécutoire valant titre exécutoire. Autrement dit, il faut se méfier de ce que l'on entend par "voie d'exécution simplifiée". L'expression peut même être utilisée pour désigner le privilège du préalable (voy. par exemple E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, n° 24, p. 129). Rem. encore C.T. Mons (6^e ch.), 13 février 1981, R.G. n° 3.713, inédit, suivi par C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368 et note V.V. et civ. Huy (sais.), 22 novembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 720 : la récupération appartient au cadre de la "saisie-arrêt-exécution de caractère exceptionnel" tel qu'organisé par l'article 1410, § 4 du Code judiciaire. Comp. C.T. Mons, 8 septembre 1994, *Justel* et un privilège d'exécution d'office "dans une analyse de droit administratif" dans la mesure où une rétention sur les allocations à servir dans le futur peut être ordonnée à un organisme de paiement, mais incomplet puisque l'intervention du receveur demeure requise pour contrainte lorsque la rétention n'est pas possible.

269 Comp. Liège, 26 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 533 et obs. critiques R. FORESTINI sur "La légalité de la retenue du crédit d'impôt par l'administration de la T.V.A." (retenue ici provisoire), l'auteur préférant y voir une saisie-arrêt conservatoire en quelque sorte simplifiée, au lieu d'un mode de retenue autonome ayant les effets de cette saisie sans devoir en respecter les conditions (une sorte de cautionnement, une mesure provisoire de protection des intérêts du Trésor public en cas d'indices sérieux de fraude), comme le soutient la Cour de manière péremptoire, en en faisant une question de principe. La compensation est bien suggérée n° 16, p. 539, mais la longue disposition va jusqu'à prévoir, outre la notification par lettre recommandée, l'avis de saisie emportant concours (!). La volonté à l'origine était en l'occurrence de rompre avec la jurisprudence antérieure à la modification législative qui exigeait précisément le respect des règles judiciaires relatives aux saisies conservatoires... Voy. Cass., 12 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, 274 (nécessité d'un titre exécutoire pour l'imputation et - déjà - violation de l'article 76 du C.T.V.A. si la retenue est interprétée comme étant provisoire); A. DELVAUX, "Le remboursement des soldes créditeurs T.V.A. Quelques tendances jurisprudentielles", *R.G.F.*, 1990, pp. 201 à 206 (rem. conclusion, note 50, p. 206, où l'auteur évoque l'inégalité des armes en matière fiscale entre redevable et administration, inégalité qui résulterait "des principes de droit administratif tels que ceux du privilège du préalable et de l'exécution d'office" non définis, après avoir pourtant mené une étude très légaliste de la matière); P. WILLEMART, "Le paiement des dettes de T.V.A. litigieuses par compensation d'office de soldes créditeurs de comptes-courants", *J.D.F.*, 1991, pp. 157 à 167 (rem. p. 159 : "le privilège du paiement par compensation d'office"). *Add.* section 3, n° 589, pour des développements récents.

270 E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, n° 9, p. 119.

271 O. DE LEYE, "La répétition de l'indu dans le régime des prestations de retraite et de survie pour travailleurs salariés" (Chronique de jurisprudence 1972-73), *J.T.T.*, 1974, p. 209 (toutefois liée à un titre exécutoire); J. LECLERCQ, "La répétition de l'indu dans le droit de la sécurité sociale" (discours de rentrée), *Rev. dr. soc.*, 1975, p. 421, n° 58; G. de LEVAL, op. cit., 1988, n° 93, p. 183; C.T. Bruxelles, 13 juin 1975, *J.T.T.*, 1976, p. 56; C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368 et note V.V. (la cour avance ainsi les deux fondements) (à noter aussi que la cour annule la décision administrative !). Rem. au demeurant Cass., 10 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, 846, par analogie, concernant les imputations autorisées de manière limitative par l'article 23 de la loi sur la protection de la rémunération et "qui donnent lieu à compensation légale".

272 Comp. civ. Nivelles (réf.), 1^{er} octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 44 : l'éventuelle faculté de récupérer par voie de contrainte les subventions indûment versées en vertu de l'arrêté royal n° 5 du 18 avril 1967 relatif au contrôle de l'octroi et de l'emploi des subventions, ne saurait pas signifier qu'en l'absence de tout texte légal l'y autorisant, à défaut de recourir à la procédure de la contrainte qui, elle, prévoit une procédure d'opposition (!), l'administration pourrait recourir à la retenue d'office (l'exécution forcée par voie de compensation d'une créance contestée) plutôt que de recourir au juge naturel de la contestation.

suffisant pour exonérer de toutes les contraintes liées à l'exécution forcée²⁷³. Tel est pourtant loin d'être le cas dans la réalité. Les voies d'exécution sont en effet soigneusement "légiférées" (par analogie), de telle manière qu'un simple mot - fût-il composé - ne peut pas suffire pour déroger à l'ensemble. C'est précisément ce qu'il convient de se demander à propos de la "récupération d'office", au sens de l'article 1410, § 4 du Code judiciaire.

Avant cela, il convient cependant de remarquer que le législateur lui-même est équivoque dans sa manière de procéder. Il établit en effet le dispositif au sein du Code judiciaire, dans le chapitre 5 de la cinquième partie (les-voies d'exécution) afférent aux biens qui ne peuvent être saisis. A *contrario*, puisqu'il s'agit d'une exception au principe, cela voudrait donc dire qu'une saisie est autorisée à due concurrence et qu'il s'agit d'un mode d'exécution forcée. En même temps, le législateur parle de récupération d'office d'un indu, apparentée à la répétition de l'indu²⁷⁴ et non éloignée en pratique de la retenue²⁷⁵, dont les règles sont pourtant strictes quant à l'exigence d'un titre exécutoire préalable²⁷⁶.

À la limite, le mécanisme peut être rapproché de la saisie-arrêt sur soi-même, souvent qualifiée d' "antichambre de la compensation"²⁷⁷, car elle permet de remédier à l'absence des conditions strictes requises pour compenser²⁷⁸ en opérant une saisie conservatoire sur soi-même, dont les conditions sont plus souples à réaliser, mais qui n'est pas non plus dépourvue de certaines formalités, apparemment non prévues par la récupération. Cela dit, la compensation légale peut également autoriser une compensation imparfaite, c'est-à-dire une compensation qui ne répond pas à toutes les conditions de droit commun posées par les articles 1289 et suivants du Code civil, auxquels il est toujours possible de déroger légalement²⁷⁹.

273 Comp. O. DE LEYE, op. cit., *J.T.T.*, p. 209, idr : l'auteur se demande si la récupération fait l'objet ou non d'un régime dérogatoire au contentieux ordinaire de la récupération de l'indu "qui permettrait notamment à l'organisme payeur d'agir sans titre exécutoire ou de se créer un tel titre en exerçant son pouvoir de prendre une décision exécutoire" (au même endroit, l'auteur laisse au demeurant comprendre qu'un titre exécutoire serait en principe nécessaire pour se prévaloir de la compensation, ce qui n'est le cas qu'en cas de contestation).

274 On retrouve d'ailleurs souvent l'expression en doctrine et en jurisprudence, généralement utilisée indifféremment, comme par exemple chez E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, n° 13, p. 120 ("récupération de l'indu").

275 Rem. E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, n° 13, p. 121 (retenue).

276 Rem. Exposé des motifs, *doc. parl.*, s.o. 1979-1980, n° 508/1, p. 9 et "le mécanisme des retenues compensatoires"; p. 25 et "le mécanisme de la rétention compensatoire" dans le cadre de la nécessité d'une "solution spécifique au problème de la récupération de l'indu par rapport aux principes du droit civil", compte tenu de la nature et de la technicité croissante des textes normatifs régissant le système de la sécurité sociale.

277 G. de LEVAL, op. cit., 1976, n° 82, p. 127.

278 Les conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité de la créance cause, au terme de l'article 1290 du Code civil, et en l'occurrence peut-être la liquidité des créances qui doit coïncider dans le temps. Mais la Cour de cassation est d'avis qu'il ne peut être procédé à des saisies-exécutions pour sûreté de revenus périodiques non encore échus à l'époque de la saisie (Cass., 8 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, 638).

279 Tel ne paraissait pas être le cas en l'espèce. La coïncidence des créances dans le temps, en particulier, est susceptible d'être progressive et d'entraîner autant de compensations que nécessaire pour éponger la dette. Rem. au demeurant J. LECLERCQ, op. cit., *Rev. dr. soc.*, 1975, n° 58, p. 421 : la seule dérogation à la règle de droit commun serait la limite maximale des 10 pour-cent, en faveur du débiteur de bonne foi, de manière à ne pas mettre en péril sa sécurité d'existence ! Quoi de plus normal, en fin de compte, dès lors que l'indu résulte souvent d'une erreur administrative... À la réflexion, on peut se demander s'il n'est pas simplement dérogé en l'espèce à l'interdiction de la compensation mettant en cause des créances publiques. En effet, si la faculté de récupérer

561. L'ambiguïté des termes "d'office". Pour départager les deux hypothèses (encore envisagées à ce stade), il convient de s'interroger sur le sens, en droit, de l'expression récupération d'office. S'agit-il, pour emprunter la distinction proposée entre les privilèges du préalable et de l'exécution d'office, de dispenser certaines autorités de l'autorisation préalable du juge (d'office au sens de "sans titre exécutoire") ? Ou s'agit-il plutôt d'exonérer des autres conditions habituellement requises pour réaliser une créance au besoin par la force ? Une troisième solution doit être envisagée. Les termes "d'office" n'auraient rien de commun avec l'exécution forcée, en particulier avec l'exécution d'office.

L'incertitude vient en réalité de ce qu'en 1971 le législateur a introduit les termes "d'office" à l'article 1410, § 4, mais sans fournir aucune explication, pas même dans les travaux préparatoires²⁸⁰, à un endroit du Code judiciaire pourtant particulièrement délicat pour les droits de la défense et de la propriété.

Doctrine et jurisprudence n'ont toutefois pas été dupes. Elles se sont rapidement employées à opposer à l'administration la nécessité d'un titre exécutoire judiciaire pour récupérer d'office lorsque l'indu est contesté. Diverses bases légales ont été avancées dans ce sens, pour forcer au respect des règles judiciaires liées aux saisies, des règles de la compensation ou encore de celles de la récupération de l'indu, selon l'interprétation²⁸¹. L'intention était de réagir face à

revient à l'administration, le particulier est susceptible d'être amené à s'en prévaloir ultérieurement, si d'avance une répétition judiciaire était poursuivie pour des montants déjà compensés.

²⁸⁰ Dans ce sens : M. EECKAUTE, note sous C.T. Bruxelles, 16 janvier 1974, *R.D.S.*, 1975, p. 47, "Du caractère exécutoire de la décision administrative de l'organisme payeur (dans le régime des prestations de retraite et de survie)"; L. PETIT, "L'article 1410, § 4 du Code judiciaire et la récupération d'indu en sécurité sociale", *Ann. fac. dr. Liège*, 1984, p. 84; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 93, p. 182, note 730, avec cette remarque de bon sens que s'il s'agissait d'appliquer le droit commun de la compensation légale, la mention était superflue. Rem. que n'est finalement jamais entrée en vigueur la modification pourtant votée le 29 juin 1981 visant à préciser, dans un alinéa 5, que "Les retenues (...) sont opérées d'office et sans qu'une procédure judiciaire soit nécessaire. Une décision de retenue n'a toutefois d'effet qu'après notification à l'attributaire, à l'allocataire ou à leurs ayants droit et à la condition que l'intéressé n'ait pas interjeté appel" (lire "introduit un recours") (idr). Voy. les deux auteurs précités, resp. p. 85, note 7 et n° 94, p. 184, note 735.

²⁸¹ Voy. en particulier L. PETIT, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Liège*, 1984, p. 84 : "la jurisprudence s'est rapidement hérissée contre ce qu'elle considérait comme une voie de fait dans l'hypothèse où l'assuré social a introduit un recours judiciaire contre la décision de récupération" en contestant l'indu. *Add.* D. CHABOT-LÉONARD, *op. cit.*, 1979, p. 186 et note 34. D'abord au fond : trav. Liège, 28 juin 1973, *R.G.* n° 20.904, extrait cité par L. PETIT, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Liège*, 1984, p. 84 (dès qu'il y a contestation sur l'indu, l'organisme de sécurité sociale doit solliciter un titre exécutoire avant d'effectuer des retenues); C.T. Bruxelles, 22 mars 1974, *J.T.T.*, 1974, p. 152, obs. crit. V.P., impl. et de manière laconique (les retenues sont simplement déclarées effectuées sans aucun titre et donc arbitrairement, mais l'on sait par ailleurs que l'indu concerné était contesté et que la Cour l'estimait non fondé). Ensuite en référé : trav. Liège (réf.), 5 juillet 1982, *R.F.*, n° 233/82 et 14 février 1983, *R.F.*, n° 278/83, cités par L. PETIT (p. 86). Les seules décisions contraires, refusant l'ingérence du judiciaire en référé en matière administrative (le caractère exécutoire de tout acte juridique administratif), s'expliquent par leur afférence au régime particulier des pensions où l'article 1410 doit être combiné avec des dispositions plus précises et plus limitatives, organisant une procédure particulière distinguant deux décisions par deux organismes différents (l'une rectificative, l'autre de récupération), et stipulant expressément que l'action introduite devant le tribunal du travail n'est pas suspensive de l'exécution de la décision administrative de récupération, mais la première décision ne devant plus être susceptible de recours ordinaires : L. PETIT, *op. cit.*, *Ann. fac. dr. Liège*, 1984, p. 84 et note 9; C.T. Bruxelles, 14 juin 1974, *J.T.T.*, 1974, p. 198, avis contr. min. publ. (par rapprochement des différentes dispositions, il n'y a pas lieu de mettre en doute le caractère exécutoire de la décision administrative), expr. suivi par C.T. Bruxelles, 13 juin 1975, *J.T.T.*, 1976, p. 56; trav. Charleroi, 18 septembre 1975, *Rev. dr. soc.*, 1976, p. 231 (sur base des privilèges du préalable et de

l'interprétation extrême donnée par l'administration aux termes "d'office" introduits à l'article 1410, § 4 du Code judiciaire, dans un sens où ils lui auraient permis de se rendre et se faire justice à soi-même.

562. Vers une loi interprétative ? En dépit de la jurisprudence, il faut reconnaître qu'en l'état, le texte de l'article 1410, § 4 est susceptible de déboucher sur des malentendus²⁸². Par souci de sécurité juridique, une intervention du législateur est donc souhaitable.

l'exécution d'office conférés par l'article 1410, § 4); trav. Charleroi, 3 février 1977, *Rev. dr. soc.*, 1977, p. 434 (avis contr. min. publ. sur base de l'absence de liquidité et d'exigibilité de l'indu) (même s'il est soutenu en l'espèce qu'il s'agirait d'une saisie-arrest conservatoire ne préjugeant pas de la décision de justice définitive à intervenir); trav. Liège (réf.), 23 mars 1983, *R.F.*, n° 287/83, cité par L. PETIT (p. 86). Mais même dans ce cas, des décisions contestent la récupération d'unindu s'il n'est pas liquide et exigible, l'indu conditionnant la faculté de récupération (il faut ajouter que la notion d'exécution est imprécise, souvent liée en jurisprudence à la décision définitive, et prête ainsi à confusion générale) : J. LECLERCQ, *op. cit.*, *Rev. dr. soc.*, 1975, n° 59, pp. 421 et 422 et la jurisprudence parfois inédite citée note 109; C.T. Liège, 30 juin 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 220 ("le droit d'exécution nonobstant recours résultant du 'privilège du préalable' reconnu à l'administration n'est pas de nature à conférer aux organismes payeurs, en matière d'indu, des droits qui iraient au-delà de ce que la loi leur a reconnu"; formule répandue et empruntée à J. LECLERCQ, *op. cit.*, *Rev. dr. soc.*, 1975, n° 59, p. 422); *add.* avis contr. min. publ. sous trav. Charleroi, 3 février 1977, *Rev. dr. soc.*, 1977, p. 434, ici p. 440, faisant état d'une jurisprudence dominante du siège sur ce point; C.T. Mons (6^e ch.), 13 février 1981, *R.G.* n° 3.713, inédit, suivi par C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368 et note V.V.; C.T. Mons, 1^{er} février 1985, *Justel* (sommaire); C.T. Mons, 3 mars 1989, *Justel* (sommaire). En réalité, la jurisprudence a fini par priver d'effet l'ajout du terme d'office, puisqu'avant elle se contentait déjà d'affirmer en général la nécessité d'un titre exécutoire préalable : M. EECKAUTE, *op. cit.*, *R.D.S.*, 1975, pp. 46 et 47 et le jugement annoté (mais *contra, a contrario*, pour après 1971, comme in C.T. Liège, 7 décembre 1972, *J.T.T.*, 1973, p. 243, 3^e col. : "sans titre dérogatoire au droit commun et qui l'aurait autorisé à agir d'office"); C.T. Bruxelles (section Mons), 5 janvier 1973, *J.T.T.*, (extrait cité par O. LEYE), p. 216, n° 16; rem. cep. C.E., Henry, n° 14.063, 16 avril 1970, déjà à défaut de liquidité et d'exigibilité compte tenu de l'absence de preuve d'une notification). Rem. encore la note V.P. sous C.T. Bruxelles, 22 mars 1974, *J.T.T.*, 1974, p. 152, affirmant le pouvoir de récupérer "sans titre de saisie", ne devenant illégal qu'après avoir démontré la non-existence de l'indu, mais conseillant tout de même les organismes d'exécution à ne récupérer qu'avec l'accord tacite de ceux qui ont bénéficié de l'indu "pour éviter le reproche d'illégalité" et d'arrêter toute récupération d'office dès qu'il y a contestation sur l'existence même de l'indu (cela à la manière des administrativistes confrontés au privilège). Dans sa note V.V. sous C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368, l'auteur retient surtout la fin du raisonnement et souligne l'inexistence juridique de l'indu tant que la contestation n'est pas vidée.

²⁸² À noter ainsi l'apparente controverse au sujet de l'interprétation à donner à l'ajout des termes "d'office" (dans ces conditions) entre M. EECKAUTE (*op. cit.*, *R.D.S.*, 1975, p. 46, suivi par C.T. Mons, 25 juin 1976, *Rev. dr. soc.*, 1976, p. 412, voire même à l'extrême, la cour soutenant l'impossibilité de déroger à l'article 1386 du Code judiciaire (!), et précédé d'une certaine manière par C.T. Bruxelles (section Mons), 5 janvier 1973, *J.T.T.*, (extrait cité par O. LEYE), p. 216, n° 16) et E. BOIGELOT (in *L'exécution en question*, *op. cit.*, 1993, p. 120, n° 12, note 15). Pour le premier auteur, la modification du texte est passée inaperçue : elle aurait été dissimulée sous d'autres amendements de détail intervenus dans l'article envisagé. Or, seule une dérogation aux règles des biens insaisissables pouvait intervenir dans le chapitre concerné, et non à la règle générale requérant un titre exécutoire avant de pouvoir saisir les biens d'un débiteur (ce que confirmerait l'absence d'un recours contre la décision administrative de récupération, généralement prévu le cas échéant, comme en matière fiscale). Le sens de la disposition serait donc de permettre à l'administration nantie d'un titre exécutoire de récupérer à concurrence de 10 pour-cent sur des prestations ultérieures, et cela sans autorisation expresse du juge à cet égard. E. BOIGELOT prend le contre-pied de cette position en proclamant que "ce qui peut se récupérer d'office n'a pas besoin d'autorisation préalable" (p. 120, n° 12, note 15). Mais non sans contradiction dès lors qu'il finit par reconnaître une compensation qui ne requiert en principe pas l'autorisation du juge, sauf contestation. En réalité, à la différence de ce qu'il soutient en note 15, l'auteur déduit ensuite des termes "d'office" (au moins implicitement, comme en témoigne l'enchaînement des n° 12 et 13 ("donc"), p. 120) que le caractère exécutoire de la décision de récupération ne peut pas être suspendu par l'introduction d'un recours, au nom du "privilège du préalable" (défini

À défaut, on reste en droit de soutenir raisonnablement l'existence d'un titre exécutoire au sens du Code judiciaire. Littéralement, en effet, l'article 1410, § 4 du Code judiciaire peut être interprété comme constituant le titre légal exécutoire permettant de déroger à l'article 1386 du même code en tant qu'il requiert une formule exécutoire.

Néanmoins, on ne peut pas perdre de vue que l'existence de ce titre est légalement subordonnée à l'existence d'un indu. Or, on oublie trop souvent que le titre exécutoire n'est pas autosuffisant en droit des saisies, de même d'ailleurs qu'il ne permet pas tous les excès, ce dont attestent notamment les saisies conservatoires²⁸³. Une série de formalités sont requises. Mais également une série de conditions intrinsèques aux créances concernées : leur certitude, leur liquidité et leur exigibilité, susceptibles de paralyser n'importe quel titre exécutoire.

563. Le mythe de l'auto-suffisance du titre exécutoire. Un titre exécutoire ne permet donc pas nécessairement une saisie-exécution sans heurts en cas de contestation. Les poursuites peuvent être déclarées nulles par le juge des saisies si, par exemple, une cause d'extinction de l'obligation est avancée²⁸⁴.

L'assertion rapproche encore le droit fiscal du droit commun. L'opposition est en effet signe de contestation. Le privilège du préalable ne dispense pas de ces conditions.

L'assertion permet surtout d'expliquer la confusion de la compensation d'office avec l'exécution d'office (le cas échéant en sus du préalable), ou l'inverse, dans la mesure où cette dernière procède par hypothèse de la dispense de conditions supplémentaires par rapport au titre exécutoire pour autoriser l'exécution forcée. En effet, le droit des saisies (qu'il s'agisse des saisies conservatoires ou -exécution) est animé par les mêmes critères en fonction desquels la récupération de l'indu - le plus souvent au nom de la compensation - a souvent été disqualifiée en jurisprudence.

Concrètement, les situations ne se présentent d'ailleurs pas très différemment. Qu'arrive-t-il en effet au créancier nanti d'un acte notarié²⁸⁵ dont la convention constatée (existence, termes) fait l'objet d'une contestation sérieuse devant le juge du fond ? Au besoin, le juge des saisies peut

comme tel), ce qui est évidemment tout différent. De la sorte, l'auteur fait successivement état de deux types différents d'intervention du juge, sans plus dispenser de l'autorisation du juge de manière catégorique. En réalité, il est poussé à l'erreur par M. EECKAUTE qui, tel qu'évoqué en note 15, situe le raisonnement sur le terrain des saisies, et non de la compensation. Cela dit, on peut se demander si la position d'E. BOIGELOT est compatible avec l'institution de la compensation qui suppose par définition une créance certaine. On perçoit mieux maintenant, en toute hypothèse, l'observation de G. de LEVAL concernant le caractère superflu des termes "d'office".

²⁸³ Le titre exécutoire donne seulement accès aux voies d'exécution forcée, principalement à la saisie-exécution. Quant à la saisie conservatoire, elle est plus accessible, notamment par l'intermédiaire du juge des saisies.

²⁸⁴ Ce qui ne saurait pas être le cas de la compensation prohibée en matière publique ou fiscale.

²⁸⁵ Il est en effet préférable d'éviter la décision de justice comme exemple, pour laquelle les saisies ont été taillées sur mesure.

ordonner de surseoir à l'exécution, de même qu'il peut le faire lorsqu'il estime que la créance ne remplit pas les caractéristiques requises²⁸⁶.

Certes, le créancier peut éventuellement se rabattre sur la saisie conservatoire, dans ce cas de figure-ci sur la saisie-arrêt conservatoire dans ses propres mains. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'une telle saisie peut aussi bien être réalisée sur base d'un simple titre privé, ce qui éloigne l'éventualité d'un privilège à cet égard. De plus, les saisies conservatoires requièrent en règle une condition de célérité (à l'article 1413 du Code judiciaire) qu'il semble difficile, en matière sociale, de défendre de manière générale et abstraite. Sans oublier la condition de certitude : la récupération peut-elle vraiment s'accommoder d'une mesure conservatoire en cas de contestation ? Bref, il faut s'attendre à ce que ce soit le titre exécutoire judiciaire qui vienne suppléer l'acte contesté, qu'il s'agisse d'un acte notarié ou d'une décision de récupération.

564. Des conditions communes à la saisie et à la compensation. En somme, eu égard à une décision de récupération, il est loisible de raisonner en termes de compensation comme d'exécution. La certitude de la créance, en particulier, est une condition posée tant à l'exécution forcée qu'à la compensation. Elle ne permet donc pas, à elle seule, de trancher la nature juridique du mécanisme.

Plus généralement, la confusion est facilitée par l'exigence commune de certitude, liquidité et exigibilité dans le chef des créances. L'article 1494 du Code judiciaire requiert des choses

²⁸⁶ Rem. G. de LEVAL, *op. cit.*, in *L'exécution en question*, 1993, p. 138 : "en matière judiciaire, le contentieux précède le titre alors qu'en matière notariale, il n'est susceptible de surgir qu'*a posteriori*, de telle sorte qu'en cas de contestation sérieuse, la force exécutoire de l'acte notarié peut être entravée". Elle a plus de chances de l'être, indépendamment de la qualité des conseils prodigués par le notaire. Le contenu de l'acte peut donner lieu à des interprétations divergentes. Le *negotium* peut surtout être contesté, un vice de consentement invoqué. Dans pareils cas, le recours au juge du fond est nécessaire. Il permet d'obtenir la suspension de l'exécution, mais il incombe au débiteur. En outre, l'acte notarié ne permet pas, à l'instar de la décision de justice, d'éviter la demande de termes et délais. D'un côté, l'acte notarié ne doit pas être signifié préalablement et ne donne lieu dans l'immédiat à aucune voie de recours suspensive. De l'autre côté, la décision de justice doit en règle être préalablement signifiée et, sauf exécution provisoire, elle n'est susceptible d'exécution forcée que si elle est passée en force de chose jugée. Autrement dit, la rapidité est à l'acte notarié ce que la certitude est à la décision de justice. H. DE PAGE écrit de la sorte que l'exécution parée ne se rapproche que de très loin du titre exécutoire judiciaire "plus efficace, plus énergique, plus définitif aussi" (*op. cit.*, T. III, 3^e éd., 1967, p. 119, n° 91; l'auteur relève, outre l'apparition du juge sur contestation possible de l'exécution, l'impossibilité d'une exécution par équivalent sur base de l'acte notarié, à défaut pour l'équivalent d'être liquide et certain, ainsi que d'éventuels termes et délais inévitables, le cas échéant). Au-delà d'une certaine similitude (C. REMON, *op. cit.*, in *L'exécution en question*, 1993, pp. 58 et 59), l'acte notarié et la décision de justice sont donc très différents (G. de LEVAL, *op. cit.*, 1993, pp. 136 à 139). Ils ont en commun la force exécutoire définie par le Code judiciaire surtout eu égard à la décision de justice et dont le stade correspond à la force de chose jugée. Le parallèle est permis à cet égard avec l'acte administratif. Leur comparaison est rare malgré les nombreuses similitudes (*ibidem*, p. 153). Celles-ci n'ont pourtant rien d'étonnant puisque l'acte notarié procède d'une activité déléguée aux notaires par l'État (C. REMON, *op. cit.*, in *L'exécution en question*, 1993, p. 55). Il s'agit de deux titres exécutoires au sens du Code judiciaire. Ils sont tous deux extrajudiciaires ou non judiciaires parce qu'ils n'émanent pas d'un juge. Cette origine "imparfaite" explique d'ailleurs leur contestation facilitée au stade de l'exécution, par souci d'égalité entre les parties et du respect des droits de la défense (G. de LEVAL, *op. cit.*, in *L'exécution en question*, 1993, p. 153, à propos de l'acte notarié). Cela dit, le champ d'application respectif des deux actes est très différent, voire même anachronique, puisque l'acte notarié est cantonné en pratique aux obligations pécuniaires qui, en matière administrative, sont très réglementées. La comparaison qui pouvait apparaître plus authentique, est donc en réalité tronquée.

liquides et certaines au-delà d'un titre exécutoire pour la saisie-exécution²⁸⁷ (l'article 1415 du même code en ce qui concerne la saisie conservatoire, même si les conditions sont appréciées avec plus de souplesse en ce qui concerne la certitude), et l'article 1290 du Code civil nécessite deux dettes qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles^{288 289}.

Bref, l'élément déterminant doit être recherché ailleurs. Et c'est finalement en considérant ensemble voies d'exécution et compensation qu'une ébauche de solution peut être dégagée.

565. Le critère du concours. En effet, l'acte de saisie a pour effet d'empêcher toute compensation durant la procédure. Tel est précisément ce qui les sépare, et qui permet d'identifier un mécanisme de compensation légale à l'endroit de l'article 1410, § 4 du Code judiciaire. Par comparaison avec la saisie, la compensation exonère des règles du concours (de même que d'une série de formalités).

G. de LEVAL confirme cette analyse. Pour lui, la disposition n'organise pas une saisie-arrest-exécution simplifiée dont le produit donnerait lieu à répartition, mais une compensation partielle

²⁸⁷ Certains auteurs vont jusqu'à requérir une créance exigible ou encore une obligation de somme (K. BROECKX, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, n° 9, pp. 23 à 25).

²⁸⁸ Les décisions citées ne font pas le lien sur ce point, sauf peut-être très indirectement C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368 et note V.V. en tant que l'arrêt mélange la compensation légale et la saisie-arrest-exécution (contestée à défaut d'indu non contesté). Lorsque les décisions réfèrent aux saisies, elles focalisent l'attention sur l'existence de l'indu, en oubliant les articles 1415 et 1494 du Code judiciaire (sauf peut-être très indirectement C.T. Mons (6^e ch.), 13 février 1981, R.G. n° 3.713, inédit). *Add.* C.T. Bruxelles (section Mons), 5 janvier 1973, *J.T.T.*, (extrait cité par O. LEYE), p. 216, n° 16, où la Cour (mélangeant les deux qualifications) s'insurge à la fois contre ce qui emporterait un "droit inconditionnel de compensation légale" (référence est faite aux conditions non respectées de la compensation) et une "grave dérogation au principe général énoncé par l'article 1386 en matière de saisie".

²⁸⁹ C'est aussi ce que semble oublier E. BOIGELOT, in *L'exécution en question*, op. cit., 1993, n° 13 à 16, pp. 120 à 122, lorsqu'il finit par soutenir que ce sont les règles du droit civil de la compensation qui font échec au caractère exécutoire que le Code judiciaire semble reconnaître à la décision de récupération visée à l'article 1410, § 4 et qu'il assimile au privilège du préalable. En effet, même en droit judiciaire, la détention d'un titre exécutoire n'est pas une condition suffisante pour réaliser une décision de récupération. Sans le formuler expressément, on peut se demander si ce n'est pas précisément cette contradiction intuitive que les juges ont voulu dénoncer en reliant l'article 1410, § 4 aux voies d'exécution. Cela dit, alors qu'E. BOIGELOT ne semblait pas accepter ce qu'on pourrait qualifier "l'antinomie de la compensation d'office", il finit par l'accepter de manière résignée, en ne dépassant que moyennement son imprégnation jusque-là persistante de droit administratif classique (le caractère exécutoire de la décision) : "À notre estime toutefois, ce n'est pas tellement le caractère exécutoire de la décision qui est remis en question, mais sa traduction concrète, dès lors que l'un des éléments permettant de prendre cette décision, à savoir un indu certain et liquide, s'avère inexistant, et que la décision prise se traduit par une compensation rendue par conséquent inopérante". À noter, à cet égard, trois arrêts importants de la Cour du travail de Bruxelles et de Mons qui soulignent de manière conciliante que l'acte administratif revêt bel et bien un caractère exécutoire intact, mais seulement pour l'avenir, l'organisme payeur devant en respecter la teneur pour la liquidation d'avantages sociaux ultérieurs (mais pas pour la répétition de l'indu) : C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368 et note V.V.; C.T. Mons, 25 juin 1976, *Rev. dr. soc.*, 1976, p. 412; C.T. Liège, 30 juin 1983, *J.T.T.*, 1984, p. 220. La résignation de l'auteur est particulièrement palpable en conclusion (p. 131) où le privilège du préalable retrouve au demeurant son contenu initial : "les tribunaux préservent leur chasse gardée, et hésitent à reconnaître à l'administration une trop large étendue d'action dans la mise en œuvre du privilège du préalable qui lui est reconnu, ce que concrétise le titre exécutoire". Il leur donne toutefois raison, au nom de la séparation des pouvoirs.

au profit des organismes ou services débiteurs de prestations sociales, tout en évitant que l'intéressé soit privé de la totalité de ses ressources²⁹⁰. Tel est au demeurant l'avantage principal de la compensation sur la saisie-arrest²⁹¹.

566. Des indices complémentaires en faveur de la compensation. Il est d'autres indices encore de la nature compensatoire du mécanisme de la récupération.

Fait significatif de l'absence d'un privilège du préalable à l'article 1410, § 4 du Code judiciaire, d'abord : le contentieux n'est pas pendant devant les juges des saisies, mais bien devant les juges du travail (au besoin en référé)²⁹².

Il faut ajouter à cela que la simple autorisation légale à pratiquer des retenues sur des prestations en principe insaisissables ne suffisait pas non plus à expliquer l'extinction progressive des dettes malgré l'absence de recours au juge à défaut de contestation et sa nécessité en cas de contestation.

En droit commun, la compensation ne requiert ni l'intervention préalable du juge ni une série de formalités. Elle opère de plein droit dès lors que les conditions requises sont remplies. Mais elle peut être contestée en justice (comme d'ailleurs invoquée par voie d'exception). En cas de contestation, par définition, la compensation n'a pas lieu sur le plan juridique (encore que tout dépende finalement de la décision du juge) et, pour en bénéficier, un titre exécutoire doit être obtenu en suivant la procédure de droit commun (mener à bien une action en récupération d'indu)²⁹³ qui procédera le plus souvent, il faut le mentionner, de la contestation elle-même initiée par le débiteur présumé²⁹⁴.

Tel est bien le sentiment de la jurisprudence et de la doctrine à propos du mécanisme étudié, on l'a déjà montré. Et tout ceci confirme l'absence d'un véritable privilège du préalable au sens où on l'a défini.

En cas de contestation, l'organisme payeur n'a pas non plus le droit d'adopter une mesure d'attente en pratiquant une retenue provisoire ayant les effets d'une saisie-arrest conservatoire.

²⁹⁰ G. de LEVAL, op. cit., 1988, n° 93, p. 183.

²⁹¹ G. de LEVAL, op. cit., 1976, n° 83, pp. 130 et 131. Son inconvénient réside dans l'interprétation plus stricte de ses conditions.

²⁹² Rem. cependant civ. Huy (sais.), 22 novembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 720, au sujet de la régularité de la procédure de récupération, du respect de formalités substantielles (mais le juge soutient être en présence d'une saisie-arrest-exécution de caractère exceptionnel).

²⁹³ G. de LEVAL, op. cit., 1988, n° 94, p. 184. La récupération d'office, autrement dit, suppose l'existence non contestée d'un indu. Concrètement, toutefois, en cas de jugement et en pratique, le bon sens ou la réalité veut que le titre ne soit pas signifié (sauf éventuellement pour que la décision de justice passe en force de chose jugée), qu'aucun huissier de justice n'intervienne et qu'aucune force matérielle ne soit utilisée, puisqu'il suffit de ne pas payer les montants compensés, ce qui théoriquement serait nécessaire pour réaliser la saisie-exécution, comme le soulignent au demeurant C.T. Mons (6^e ch.), 13 février 1981, R.G. n° 3.713, inédit, suivi par C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368 et note V.V.

²⁹⁴ À charge pour l'organisme payeur de le demander par voie reconventionnelle, comp. J. LECLERCQ, op. cit., *Rev. dr. soc.*, 1975, p. 412, n° 35.

Pratiquée dans ces conditions, elle ne respecterait pas les règles énoncées par les articles 1413 et suivants du Code judiciaire²⁹⁵, dont on oublie souvent la célérité.

A *fortiori* la disposition n'emporte-t-elle pas non plus un privilège de l'exécution d'office. Mais il faut de suite signaler, pour éviter de croire à la paralysie des organismes concernés, que rien ne les empêche de procéder conformément au droit commun pour recouvrer l'indu, au besoin sur les autres biens du débiteur.

567. Des privilèges en doctrine et en jurisprudence. Néanmoins, la prudence est de mise en jurisprudence et en doctrine où la prérogative de l'article 1410, § 4 du Code judiciaire est souvent identifiée au privilège du préalable. Mais tout dépend, il est vrai, du sens donné au privilège, dans un contexte d'incertitude une nouvelle fois vérifié.

²⁹⁵ Rapp. G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 94, p. 185. *Contra* : trav. Charleroi, 3 février 1977, *Rev. dr. soc.*, 1977, p. 434 (avis contr. min. publ.), en matière de pension, malgré l'affirmation des privilèges du préalable et de l'exécution d'office à l'endroit des dispositions cumulées, privilèges qui permettraient pourtant plus qu'une saisie-arrêt conservatoire sur soi-même ou entre ses propres mains comme invoquée (la décision est véritablement fondée sur les privilèges en droit administratif). L'interprétation d'une saisie-arrêt conservatoire est contredite par C.T. Mons (6^e ch.), 13 février 1981, R.G. n° 3.713, inédit, suivi par C.T. Mons, 20 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 368 et note V.V., l'objectif étant de se payer (dans les deux cas au profit d'une saisie-arrêt-exécution de caractère exceptionnel, mais requérant toutefois une décision définitive ou un titre exécutoire).

Le privilège du préalable est parfois assorti du privilège de l'exécution d'office. Il est tantôt invoqué, tantôt contesté parce qu'il est invoqué. Avec des sens différents. Tantôt à la manière de C. CAMBIER (les deux privilèges)²⁹⁶. Tantôt à la manière traditionnelle²⁹⁷.

En somme, pourtant, la seule mention d'une récupération d'office - sans autre commentaire - n'emporte pas la création d'un privilège au bénéfice de l'administration en matière d'exécution forcée pécuniaire. Il faut un texte légal plus précis.

Il reste, en pratique, une réelle difficulté à faire respecter ces principes par l'autorité qui se prévaut de la compensation légale. Il est en effet plus facile pour elle (même s'il s'agit d'un service public) de diminuer des versements plutôt que de recourir au juge pour y être autorisée. Quant au juge, saisi d'une contestation au fond, il peut difficilement trouver dans la voie de fait un motif suffisant pour essuyer l'ardoise du débiteur cavalièrement compensé, lorsque la dette est bien fondée et qu'une action reconventionnelle est déposée par l'autorité concernée.

Sans doute peut-on penser à la voie indemnitaire, aux facettes parfois insoupçonnées, pour permettre au juge de réprimer les pratiques abusives, surtout lorsqu'elles sont répétées. Mais

²⁹⁶ Trav. Charleroi, 18 septembre 1975, *Rev. dr. soc.*, 1976, p. 231, entièrement suivi par trav. Charleroi, 3 février 1977, *Rev. dr. soc.*, 1977, p. 434, ici pp. 435 et 436 (en assimilant CAMBIER à DEMBOUR, et en étayant de manière difficilement compréhensible leur existence en matière sociale à partir de textes de droit fiscal).

²⁹⁷ Rem. C.T. Mons, 11 octobre 1984, *Justel* (sommaire) : une présomption réfragable. Rem. aussi G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 94, p. 183 : la disposition "semble reconnaître aux organismes de sécurité sociale la faculté de prendre une décision administrative qui revêt par elle-même un caractère exécutoire (privilège du préalable) dont la mise en œuvre n'est pas susceptible d'être entravée par un incident suspensif". *Add.* dans le même sens (plus convaincu) E. BOIGELOT, in *L'exécution en question, op. cit.*, 1993, n° 15, pp. 121 et 122; comp. O. DE LEYE, *J.T.T.*, 1974, p. 210, sn; J. LECLERCQ, *op. cit.*, *Rev. dr. soc.*, 1975, p. 412, n° 35, n° 59, pp. 421 et 422 et n° 61, p. 423. *Add.* C.T. Mons, 3 mars 1989, *Justel* (sommaire) : le droit d'exécution nonobstant recours résultant du privilège du préalable n'est pas de nature à confier à la C.N.P.R.S. des droits en matière d'indu qui iraient au-delà de ce que la loi a reconnu, l'indu requérant une décision définitive pour que la dette soit exigible et liquide (!); comp. C.T. Mons, 1^{er} février 1985, *Justel* (sommaire). À vrai dire, selon cette conception, on assiste à cet endroit à la confrontation entre le prétendu privilège classique du préalable en matière administrative et les règles judiciaires de l'exécution qui, en matière pécuniaire (!), s'avèrent parfaitement incompatibles, sous peine d'excès. Ce dont témoigne en particulier J. LECLERCQ, *op. cit.*, *Rev. dr. soc.*, 1975, n° 59, p. 421, lorsqu'il affirme le présupposé de l'existence non contestée d'un indu sujet à répétition "nonobstant le droit reconnu aux organismes administratifs de faire exécuter leurs décisions malgré l'existence d'un recours en justice, ce en vertu du principe connu sous le vocable du "privilège du préalable" selon lequel les décisions administratives jouissent d'une présomption d'exactitude, présomption généralement entérinée par le législateur qui leur a reconnu ce caractère exécutoire" ! *Add.* p. 424, n° 67 où l'auteur donne au caractère exécutoire le sens de décision définitive, même si c'est dans un contexte différent (pas d'arrangements ni de prestations ultérieures à retenir) : "Cette dernière décision, si elle est devenue exécutoire sur le plan administratif à défaut de recours en tant qu'elle supprime le droit aux prestations, ne constitue pas un titre exécutoire civilement efficace pour la répétition de l'indu" (comp. C.E., Debecq, n° 14.468, 21 janvier 1971, *R.A.A.C.E.*, 1971, p. 86 : pas de privilège du préalable - décision exécutoire - dans ce cas; C.E., Mertens et Vanderwinckel, n° 10.342 et 10.343, 19 décembre 1963, *R.A.A.C.E.*, 1963, p. 931).

²⁹⁸ Rem. tout sp. C.T. Mons, 18 février 1994, *Justel* (sommaire) et le privilège du préalable aux trois forces (jusqu'à mêler force obligatoire et formule exécutoire ... à la suite de MAST, voy. *infra*, n° 608, note 411) composé à partir de M.-A. FLAMME, A. MAST, A. ALLEN et J. DUJARDIN, ainsi que J. RIVERO, avec pour conséquence apparemment que l'autorité de chose décidée d'une décision administrative relative à un indu ne peut plus être mise en question par le juge judiciaire, une fois épuisé le délai de recours, l'administration pouvant traduire définitivement dans les faits le nouvel ordre juridique s'imposant à elle. Un monstre d'idées toutes faites ou importées. En réalité, la Cour souhaite indiquer que l'absence de recours permettait à l'administration de procéder au recouvrement, conformément à l'article 1410, § 4 du Code judiciaire.

encore faut-il apprécier la situation concrète et examiner le bien-fondé de la contestation. Car il ne peut pas suffire à l'administré de contester une dette sans une certaine vraisemblance dans les arguments avancés, sous peine de commettre un abus de droit en sens inverse.

568. Conclusion. En conclusion, il faut confirmer l'étonnante compatibilité des règles en matière d'exécution pécuniaire entre les droits privé et administratif. Un seul privilège peut être identifié, doué d'une étonnante traçabilité. Mais c'est surtout d'une évaluation globale que l'on a besoin à ce stade, pour mesurer l'intégration des systèmes et des matières à la fois. C'est ce que l'on propose de réaliser sous une section 3 consacrée à la portée du droit commun en matière d'exécution administrative. Il en résulte un système parfaitement cohérent, dans lequel on semble se diriger vers un privilège unique en matière administrative.

Section 3. Un système cohérent

" (...) le plus souvent, une théorie scientifique connaît un autre type de mort ou plutôt de mutation féconde : elle laisse la place à une explication plus vaste et qui tient compte des faits nouvellement aperçus, mais qui ne la détruit pas et au contraire la pérennise en la rectifiant et en l'intégrant."

G. VEDEL²⁹⁹

569. Plan de l'évaluation. L'évaluation annoncée doit permettre de mieux percevoir les articulations entre disciplines et de mesurer l'intégration des systèmes.

Le travail du droit commun en matière d'exécution administrative est parti de l'idée très simple selon laquelle la définition des privilèges doit nécessairement reposer sur une comparaison honnête et légitime avec le droit commun. Mais au fil des recherches, la sujétion de principe des autorités au droit commun est apparue comme une évidence en droit belge. Certes, elle a été largement niée *a priori* par une doctrine sous influence française. Mais elle n'est pas devenue pour autant inconcevable. Une comparaison rigoureuse et relativement détaillée avec le droit commun de l'exécution a permis de s'en rendre compte.

Il convient maintenant d'organiser les enseignements de l'analyse.

La démarche principale visait l'identification d'un, voire de plusieurs privilèges, sans idées préconçues (I). Or, un seul des deux privilèges pressentis a pu être identifié en droit administratif. Il convient d'en arrêter la formulation, après s'être interrogé sur l'éventuel paradoxe qui a conduit à formuler une hypothèse plus sophistiquée.

²⁹⁹ G. VEDEL, *op. cit.*, E.C.D.E., 1954, n° 27, p. 35. Comp. J. RIVERO, obs. sous T.C., Office publicitaire de France, 19 mai 1954, J.C.P., 1954, II, 8.382 : "Les formules unifiantes ont leur prestige; leur pouvoir simplificateur en fait des pôles d'attraction".

L'autre réflexion plus générale visait à évaluer l'intégration possible du droit administratif de l'exécution dans un tout plus global, celui du droit commun de l'exécution. À cet égard, les résultats dépassent les pronostics risqués au début de l'étude (II).

I. L'identification d'un privilège

570. Le point de départ. La principale difficulté rencontrée pour apprécier l'application du droit commun de l'exécution en matière administrative semblait venir de l'hermétisme constaté entre les deux disciplines.

D'un côté, les processualistes observent généralement le silence au sujet des actes administratifs, à l'exception peut-être de la contrainte³⁰⁰. Mais il est rapidement apparu que la contrainte, même si elle est significative, n'est absolument pas représentative du droit administratif dans son ensemble, avant tout parce qu'elle est limitée aux obligations pécuniaires.

De leur côté, les administrativistes ne font pas mieux en ignorant le plus souvent les règles du droit judiciaire et en élaborant des théories présentées comme étant entièrement autonomes. Comme si les deux mondes évoluaient en vase clos. Seuls quelques renvois éclairés ont pu être dénombrés.

Pourtant, les mêmes préjugés et les mêmes idées préconçues ont envahi les deux mondes. À vrai dire, les renvois n'y sont pas innocents. La tendance est à la "confiance aveugle", à défaut d'avoir le temps de s'investir dans l'autre discipline.

571. La source de l'hypothèse de travail. Sans le savoir au départ, le souci d'intégrer le droit commun dans la définition des privilèges et du droit administratif a néanmoins conduit à prospecter du côté d'auteurs sensibles à cette approche. L'hypothèse formulée au terme du premier titre n'était en effet pas entièrement originale. Une certaine confiance avait été placée dans la réflexion de deux auteurs apparemment acquis à l'optique retenue.

C. CAMBIER, en particulier, présentait l'avantage d'avoir rédigé à la fois un précis de droit administratif et un précis de droit judiciaire. Quant à G. de LEVAL, processualiste, il donnait en

³⁰⁰ Il est par exemple renvoyé aux mots-clés consacrés à l'Enregistrement et aux Impôts in R.P.D.B., T. V, "Exécution des jugements et des actes en matière civile", p. 44, n° 32. Même C. CAMBIER cède à la facilité de l'exemple dans son précis de droit judiciaire. C'est que "Le privilège du préalable trouve un champ particulier d'application dans la matière du recouvrement de certaines créances" (*op. cit.*, T. I, 1974, pp. 140 à 142, ici p. 140). *Add. Rép. Dalloz*, T. I, 1955, "Exécution des actes et des jugements", p. 938, n° 11; D. CHABOT-LÉONARD, *op. cit.*, 1979, pp. 20 et 45, en raison de leur application fréquente; J. VAN COMPERNOLLE, "Saisies conservatoires et voies d'exécution (1972-1986)" (Examen de jurisprudence), R.C.J.B., 1987, p. 451, n° 42 : le titre exécutoire peut être un acte administratif exécutoire, et tout spécialement une contrainte fiscale; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 239, pp. 477 à 485 : le titre exécutoire en matière fiscale; K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME (éd.), *op. cit.*, 1996, n° 6, pp. 293 et 294; K. BROECKX, "De uitvoerbare titel", in Formation permanente des huissiers de justice, *Droit de l'exécution*, Diegem, Story-Scientia, 1996, pp. 240 et 241, nos 8 et 12, ainsi que p. 266, n° 67. Rem. A. D(ORCQ), obs. sous civ. Dinant, 13 novembre 1937, *Revue de l'enregistrement et des domaines*, 1937, n° 188, p. 233, insistant sur le privilège.

quelque sorte son aval à la théorie "risquée" par C. CAMBIER. Ensemble, ils paraissent partir du droit commun pour identifier les privilèges du préalable et de l'exécution d'office.

Le privilège du préalable devait servir à désigner l'auto-délivrance d'un titre exécutoire, ou la dispense d'obtenir l'autorisation du juge préalablement à l'exécution forcée. Le privilège de l'exécution d'office, quant à lui, était destiné à faire état de la dispense des autres conditions posées en droit commun pour pouvoir recourir à la contrainte matérielle.

L'idée était pour le moins séduisante. Elle semblait correspondre à la réalité.

Une discrimination était pressentie entre les obligations pécuniaires et non pécuniaires. Pour rappel, il s'agissait de vérifier si la distinction de deux privilèges à propos de l'exécution forcée administrative correspond ou non à la distinction entre les obligations pécuniaires et non pécuniaires, les unes ne bénéficiant éventuellement que du premier privilège, ou si, au contraire, les distinctions n'ont pas de rapport direct entre elles. Une intuition pouvait laisser penser que le privilège de l'exécution d'office serait propre aux obligations non pécuniaires.

572. Le résultat : un privilège unique. On sait désormais ce qu'il en est des privilèges en matière administrative, dont la confrontation au droit commun, même en retenant la définition *a priori* la plus légitime, est relativement "décevante".

Le privilège du préalable fait exception sur ce point, à le définir comme la faculté de se délivrer un titre exécutoire à soi-même³⁰¹.

Le privilège de l'exécution d'office, par contre, paraît inexistant, y compris en matière non pécuniaire, faute de pouvoir comparer des règles précises qui s'imposeraient en droit commun, et pas en droit administratif. La décision de justice et la législation spécifique sont en effet reines, respectivement dans l'une et l'autre des disciplines. Et à l'incertitude de quelques règles tirées du Code judiciaire s'ajoute le constat décisif d'une dispense seulement éventuelle et occasionnelle de l'intervention d'un huissier de justice, généralement présentée comme étant requise en droit commun.

Avec du recul, l'élément n'est pas assez fort et "général" pour former un privilège au sens propre du terme. Au demeurant, il n'est pas assez détaché du titre exécutoire que pour former

³⁰¹ D'autres sens restent néanmoins répandus, notamment en jurisprudence. Rem. J.P. Saint-Gilles, 16 octobre 1986, *J.J.P.*, 1987, p. 255, en matière de recouvrement d'une aide sociale. En l'espèce, le C.P.A.S. soutenait son obligation de recouvrement en vertu de l'article 98, § 2 de la loi 8 juillet 1976 (l'arrêté-loi n° 244 du 31 décembre 1983). Pour le juge ROMMEL, *ad* : "cet arrêté-loi était inapplicable à l'époque de la prise en charge des dits frais par le C.P.A.S. qui, sous l'empire de la loi organique du 8 juillet 1976, n'était pas tenu de procéder au recouvrement; (mais) cette question est toutefois dépourvue de relevance dès lors que la régularité de la décision administrative n'est pas contestée (...) et que, comme acte administratif cette décision est revêtue du privilège du "préalable", la demande de recouvrement doit être déclarée fondée". Le juge se substitue cependant à l'appréciation donnée par le C.P.A.S. par un stratagème très artificiel : il considère que le C.P.A.S. aurait dû renoncer au recouvrement "pour motif d'équité" et que sa demande, fondée en principe, "constitue en l'espèce un abus de droit (article 1382 C.C.)" dont le dommage équivaut au montant du recouvrement et dont le défendeur se serait prévalu implicitement (une "action reconventionnelle implicite mais certaine" !) en demandant de déclarer l'action non fondée et d'échapper à toute contribution.

un privilège particulier ou véritablement séparé du privilège du préalable. D'autant que l'usage concret de la contrainte matérielle nécessite, dans tous les cas, le recours aux forces de l'ordre qui, quant à lui, n'est pas dispensé, même en passant par l'huissier. En matière pécuniaire, finalement, l'intermédiaire de l'huissier n'est pas dispensé.

En somme, seul le privilège du préalable est bien réel, principalement en législation et exceptionnellement en cas d'urgente nécessité. Il n'est pas général et il est commun aux deux matières.

573. Une conclusion positive. Il faut se réjouir des résultats de l'étude, dans la perspective retenue, et cela même si une des hypothèses de départ - l'existence de deux privilèges - n'a pas pu être vérifiée. Elle n'était pas une fin en soi. Et la conclusion est plus favorable encore que prévu à l'emprise du droit commun. Celle-ci est à la fois plus réelle et plus facile à reconnaître. En outre, une définition simple vaut toujours mieux qu'une définition compliquée.

Par contre, il faut regretter le silence de la doctrine (et de la jurisprudence), processualistes et administrativistes confondus, concernant l'état de l'exécution forcée des obligations non pécuniaires. Ce silence est d'autant plus étonnant que l'hypothèse avancée à la fin du titre I a précisément été construite sur une invitation à comparer les droits commun et administratif dans la matière.

574. Un paradoxe sous-jacent. Avec le recul et à la lumière des développements qui précèdent, cette invitation elle-même paraît aujourd'hui profondément paradoxale.

En effet, l'hypothèse du privilège de l'exécution d'office en matière non pécuniaire ne peut avoir été construite qu'à partir du droit pécuniaire (et donc principalement le droit fiscal), puisque des conditions supplémentaires à l'autorisation du juge pour recourir à l'exécution forcée (une réglementation détaillée susceptible de dérogations et donc d'un privilège) existent seulement en matière pécuniaire.

À cet égard, on peut remarquer que le droit fiscal est l'exemple favori des deux auteurs réputés être les plus sensibles au droit commun. Or, dans leurs écrits, l'exemple illustre précisément le privilège du préalable et non celui de l'exécution d'office. C'est l'évidence même, aujourd'hui, puisque l'on sait désormais que ce dernier est inexistant en matière pécuniaire ... Il n'en reste pas moins que l'existence de conditions légales en matière pécuniaire a été projetée en matière non pécuniaire par des auteurs pourtant avertis. De la sorte, ils ont construit le privilège de l'exécution d'office sur du sable. Car l'absence de conditions rend évidemment moins spectaculaire le privilège d'exécuter d'office et d'emblée son titre exécutoire : il le rend inexistant.

C. CAMBIER, en particulier, a lancé l'idée *a priori* séduisante d'un deuxième privilège distinct du premier, et néanmoins complémentaire. Mais il n'a pas relevé la lacune du Code judiciaire en matière non pécuniaire. Il a supposé, autrement dit, que la réglementation judiciaire était

universelle en matière d'exécution forcée, qu'à ce titre elle devait tout régler et qu'un privilège était susceptible d'en dispenser. Il a laissé comprendre, de surcroît, que ce privilège sévirait principalement en matière non pécuniaire³⁰².

G. de LEVAL³⁰³, quant à lui, a abondé dans le sens de C. CAMBIER. Il a développé le raisonnement juste assez pour en gonfler le paradoxe et le mettre en évidence, mais pas assez pour en tirer les conséquences sur le plan théorique.

575. Le paradoxe chez G. de LEVAL. G. de LEVAL réserve en effet explicitement le privilège de l'exécution d'office aux obligations non pécuniaires (l'ordre de police), en déclarant que le privilège de l'exécution d'office est difficilement applicable lorsqu'il s'agit de contraindre un administré au paiement d'une somme d'argent. La raison principale qu'il avance à cela est qu'entre l'acte exécutoire et la réalisation des biens du débiteur s'intercale tout le mécanisme des saisies conservatoires et des voies d'exécution réglé par le Code judiciaire, lequel régit (sauf dérogation) la traduction concrète des décisions administratives portant obligation de somme.

De la sorte, l'auteur consacre une discrimination purement doctrinale (et jurisprudentielle) entre les deux types d'obligations, puisque les unes emportent l'application des règles judiciaires, tandis que les autres apparemment pas, mais sans aucune justification légale. La dispense générale des règles judiciaires en matière non pécuniaire n'est en effet pas fondée sur une base légale³⁰⁴, alors que les dérogations ponctuelles en matière pécuniaire le sont d'une manière nettement plus formelle.

Pire, de la sorte, l'auteur prive en réalité le privilège de l'exécution d'office de la condition nécessaire à son existence, à savoir du droit commun ou de la matière à dérogation. Au nom d'un privilège sorti tout droit du chapeau doctrinal, il dispense en effet l'administration de règles *inexistantes* en matière non pécuniaire, puisqu'il réserve lui-même explicitement le mécanisme des saisies dans son ensemble aux obligations pécuniaires.

On ne s'explique pas comment le processualiste n'a pas aperçu qu'il faut matière à dérogation pour pouvoir privilégier l'administration, que le privilège ne saurait pas être construit à partir de rien. C'est d'autant plus incompréhensible qu'il souligne lui-même quelques phrases plus loin

³⁰² Voy. not. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 139 et note 16 : à défaut du privilège de l'exécution d'office, l'auteur soutient que l'administration doit respecter les procédures judiciaires prévues par le Code judiciaire pour obtenir l'exécution forcée par la contrainte en mentionnant les articles 1395 et 1396 du Code judiciaire (la compétence réservée du juge des saisies).

³⁰³ G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, pp. 476 et 477 dont notes 2.069 et 2.070. De même : E. DIRIX et K. BROECKX, *op. cit.*, 1992, n° 251, p. 139 (en de voorrecht van executie). Comp. N. PIROTTE, "Efficacité du recouvrement et respect des droits de la défense en matière fiscale", *Act. dr.*, 1993, pp. 179 à 237 : l'auteur évoque pour commencer les privilèges administratifs du préalable et de l'exécution d'office, mais elle ne retient plus que le privilège du préalable par la suite (dont le titre fiscal serait la concrétisation et auquel la loi donne force exécutoire, soit "un acte susceptible de produire par lui-même des effets de droit, sans intervention préalable du pouvoir judiciaire" !), dont la définition est empruntée à G. de LEVAL (*op. cit.*, 1988, p. 200, note 68) et revêt une portée normative absolue (*op. cit.*, *Act. dr.*, 1993, pp. 203 et 204) finalement modalisée p. 208.

³⁰⁴ G. de LEVAL mentionne bien l'ordre de détruire un immeuble menaçant ruine, mais sans précision légale et en tirant de l'exemple une généralité suggérée ou implicitement présumée.

la possibilité de textes spéciaux en matière pécuniaire organisant une procédure particulière et généralement simplifiée ... L'auteur a vraisemblablement été pris dans le tourbillon théorique en matière administrative, imposant à tout prix l'idée d'un privilège particulier en matière non pécuniaire. Si privilège il y a selon cette conception, en fin de compte, c'est au terme de la comparaison entre les deux catégories d'obligations.

576. Le paradoxe chez G. de LEVAL (suite). À cette contradiction principale s'en ajoutent trois autres moins importantes chez l'auteur.

D'abord, juste avant les développements déjà critiqués, l'auteur livre en note un exemple de l'exécution d'office et d'emblée où le privilège se trouverait très précisément. Le moins que l'on puisse attendre de cet exemple, compte tenu des développements qui suivent, est qu'il se rapporte à une obligation non pécuniaire, puisque l'auteur réserve ensuite le privilège à ce type d'obligations, principalement. Pourtant, l'exemple est une décision de jurisprudence relative à l'article 1410, § 4 du Code judiciaire, en l'occurrence une obligation de somme à propos de laquelle il a déjà été relevé qu'elle n'emportait pas même le privilège du préalable et dans laquelle le même auteur a vu un mécanisme de compensation au début de son ouvrage³⁰⁵.

Troisième contradiction. Le privilège énoncé est censé permettre l'exécution d'office et d'emblée. Cela n'empêche pourtant pas l'auteur de renvoyer en note à J. DEMBOUR concernant les conditions d'exercice du privilège ... Voilà qui contraste étonnamment avec ce qui précède. Alors que la dispense des fameuses conditions supplémentaires - quasi inexistantes en droit commun - est présumée de manière presque irréfutable en matière administrative et non pécuniaire, il semblerait en fin de compte que des conditions existent pourtant dans cette matière très précisément, mais qu'elles aient été écartées du raisonnement sans aucune explication quant à leur contenu, ni aucune comparaison avec le droit commun (et pour cause).

Bref, dans ces conditions, il est légitime de se demander finalement où peut bien résider le privilège dans la matière considérée. Serait-ce le particulier, en définitive, qui serait privilégié ?

Quatrième contradiction qui, à la différence des précédentes, est plutôt liée à la première formulation du système français de l'exécution administrative importé en doctrine belge. Les obligations pécuniaires étaient au départ exclues de ce système qui, sous la plume de M. HAURIOU, a pris la forme d'un privilège. Or, avec C. CAMBIER et G. de LEVAL, ce sont les règles judiciaires relatives à l'exécution forcée des obligations pécuniaires qui, en fin de compte, ont induit fallacieusement une comparaison censée fonder le privilège de l'exécution d'office en matière administrative et non pécuniaire !

577. Tentative d'explication. En définitive, le vice principal dont l'ensemble du raisonnement est affecté tient surtout à l'oubli d'une réglementation absente concernant l'exécution forcée des obligations non pécuniaires en droit commun. Sur ce point, la postulation a été très naïve. Elle aboutit à une comparaison croisée - et donc tronquée - entre obligations. La

³⁰⁵ Voy. *supra*, n° 559, note 268.

dispense de conditions en matière non pécuniaire est en effet opposée aux règles judiciaires essentiellement relatives aux obligations pécuniaires en ce qui concerne l'exécution forcée.

Au-delà de la postulation naïve, il est difficile de ne pas penser à une deuxième explication du paradoxe. En effet, les auteurs semblent être partis d'un autre *a priori* plus dérangeant sur le plan des principes, car il présume l'exécution d'office naturelle en droit administratif, du moins en matière non pécuniaire, et cela bien qu'elle soit limitée, surtout chez C. CAMBIER.

On ne résiste donc pas à penser que, fût-ce inconsciemment, le procédé de la confrontation de l'acte administratif le plus radical (l'ordre de police en matière non pécuniaire) avec la réglementation lourde du Code judiciaire relative à l'exécution forcée (en matière pécuniaire) n'aurait pas mieux été trouvé par les défenseurs du privilège pour convaincre de son existence, voire de sa généralité. Un peu comme s'ils avaient voulu justifier *a posteriori* une théorie surtout fondée jusque-là sur l'*a priori*, à défaut d'en avoir accepté une formulation plus legaliste ou positiviste.

578. Un privilège commun aux obligations pécuniaires et non pécuniaires. Cela dit, le principal enseignement de l'analyse qui précède est bel et bien la communauté du privilège du préalable aux obligations pécuniaires et non pécuniaires en matière administrative.

D'une certaine manière, tel est également le cas du privilège de l'exécution d'office, par défaut, puisqu'aucun élément suffisant n'a pu être relevé pour justifier l'avancement d'un privilège digne de ce nom. Pas même en matière pécuniaire où, finalement, les dérogations les plus importantes auraient pu être attendues, en présence de conditions légales supplémentaires par rapport à l'autorisation du juge (au titre exécutoire), auxquelles il était envisageable qu'il ait été dérogé. Certes, des conditions minimales peuvent être prescrites par décisions de justice, éventuellement même dans une majorité de cas. Il n'est toutefois pas permis de se satisfaire d'une telle incertitude pour identifier un privilège de manière structurelle. D'autant que les mêmes garanties se rencontrent fréquemment en matière administrative, que ce soit dans la réglementation toujours très spécifique³⁰⁶ ou à travers les décisions individuelles.

La dispense d'un jugement préalable en matière administrative ne signifie donc pas nécessairement l'absence de toute règle liée à l'exécution. Sur le plan théorique, le raccourci serait aussi préjudiciable que celui dénoncé en doctrine. Il serait fondé sur une référence unique et exclusive au droit commun, ce qui n'est absolument pas l'objectif de la sujétion administrative de principe au droit commun. Ce serait à nouveau se fourvoyer, mais d'une autre manière, quant à l'existence du privilège supplémentaire en faveur de l'administration.

579. L'exception de l'urgente nécessité. À noter que l'exécution forcée en cas d'urgence et de nécessité, de son côté, est réservée aux obligations non pécuniaires. Tout comme l'exécution d'office au sens strict, en droit français, est étrangère aux obligations

³⁰⁶ Le défaut prolongé d'une solution judiciaire intégrée, fondée sur le droit commun, a en effet conduit les acteurs à pallier aux "carences" en la matière. Aujourd'hui, ces règles ne peuvent pas être opposées à l'imposition tardive de cette solution. Néanmoins, il faut composer avec elles.

pécuniaires³⁰⁷. Le seul arrêt de la Cour de cassation rencontré en droit administratif belge, par analogie, concerne la matière non pécuniaire. L'hypothèse est encore moins vraisemblable en droit privé, y compris en ce qui concerne le remplacement. Elle est néanmoins concevable dans l'absolu.

Ce n'est pas l'état du Code judiciaire qui explique cette jurisprudence en matière non pécuniaire, puisqu'il s'agit de critères purement jurisprudentiels. Une législation détaillée n'y changerait rien. Tel est précisément le cas malgré que la Cour de cassation ait elle-même consacré le principe de l'interdiction de la contrainte directe, celui de l'intervention préalable du juge ou encore celui de l'exécution en nature en matière non pécuniaire.

580. Conclusion. En somme, pour mieux articuler les matières pécuniaire et non pécuniaire, alors que le droit commun de l'exécution commande de distinguer selon la nature de l'obligation contenue dans l'acte, y compris lorsqu'un acte administratif est en cause³⁰⁸, le seul privilège véritablement reconnu au profit éventuel d'une administration, le privilège du préalable, commande de regrouper toutes les obligations autour du même critère, celui de l'exécution forcée permise sans autorisation préalable du juge³⁰⁹.

Ce critère n'exclut pas que le titre exécutoire de substitution³¹⁰, pour exister, puisse être assorti de conditions ou formalités particulières à respecter (tel l'exécutoire du directeur des contributions en matière fiscale, éventuellement une procédure d'avis ou autres en matière non pécuniaire, selon les domaines). Tel peut être le cas en droit commun comme en droit administratif.

L'important est cependant de bien percevoir qu'au-delà des règles matérielles propres à une catégorie déterminée d'obligations, selon les deux critères de distinction, toutes les obligations -

³⁰⁷ Rem. G. TIXIER, *op. cit.*, R.S.L.F., 1958, pp. 112 à 129, sp. pp. 112 et 113 : "le pouvoir de décision exécutoire et l'action d'office", propre à tout agent de l'administration, doit être accordée par des textes spéciaux. *Add.* p. 114 concernant le caractère légal du droit fiscal et des prérogatives parmi lesquelles l'auteur classe des atteintes graves aux libertés individuelles, telles que le droit de fouille en douane ou certains pouvoirs d'investigation. On peut toutefois se demander si des obligations pécuniaires sont toujours en cause, dans ce cas, eu égard, en particulier, à l'obligation de déclarer ses revenus.

³⁰⁸ Soit il s'agit d'une obligation pécuniaire et l'administration est tenue d'emprunter les voies d'exécution organisées par le Code judiciaire, sauf texte particulier établissant un privilège ou une procédure spéciale de recouvrement. Soit l'acte contient une obligation non pécuniaire et le Code judiciaire ne donne que peu d'indications.

³⁰⁹ Rem. à cet égard l'expression parfois rencontrée de "privilèges du préalable et de l'exécution forcée" (not. in civ. Namur (req. unil.), 11 mai 1994, *op. cit.*, p. 56; J.-F. FUNCK, *op. cit.*, J.L.M.B., 1996, p. 10; *infra*, note 383). Il y va certes d'une redondance, mais elle est désormais significative. Le privilège du préalable désigne l'ouverture privilégiée des voies communes d'exécution. Comp. le même privilège, mais conventionnel, à travers l'acte notarié (*supra*, note 236 et n° 563).

³¹⁰ Rem. la formule en jurisprudence selon laquelle l'administration a procédé "sans titre ni droit" (Liège, 22 novembre 1919, R.A., 1920, p. 442; Liège, 18 décembre 1956, J.T., 1958, et obs. C. CAMBIER, concernant la prise de possession d'installations électriques sans droit de propriété). C'est donc que le titre exécutoire peut être remplacé ou se confond avec le "droit exécutoire" qui, dans une société de l'écrit, procède le plus souvent d'un titre matériel, mais peut très bien être un simple droit (un titre juridique), par exemple lorsque le temps est compté. Rapp. la réquisition orale des forces de l'ordre en cas d'extrême urgence, ultérieurement confirmée par écrit (*supra*, n° 464).

civiles et administratives, pécuniaires et non pécuniaires - peuvent être regroupées au sein d'un même système qui a en commun à la fois une articulation similaire par rapport au droit commun et un certain nombre de règles fondamentales identiques (les principes de l'autorisation préalable du juge, de l'exécution en nature et du remplacement, de proportionnalité, la tolérance du juge en cas d'urgence nécessitant en ce qui concerne toutes obligations non pécuniaires).

Or, la réunion de toutes les obligations dans le même système est salutaire en droit belge. En droit français, en effet, la dualité de juridictions peut encore expliquer une dualité de régime autrement que par le droit objectif. Tel ne saurait pas être le cas en droit belge où la différence entre deux catégories d'obligations doit nécessairement trouver sa source dans la législation, en droit commun (selon les obligations) comme dans les lois particulières (selon les matières, notamment administratives, au besoin). À défaut d'une dérogation légale³¹¹, les matières ne peuvent pas être cloisonnées, pas plus d'ailleurs que les obligations elles-mêmes, en l'occurrence selon leur nature.

Face au droit commun, le phénomène de l'exécution est au départ identique. Le privilège en législation est même susceptible de se rapporter à la fois aux obligations pécuniaires et non pécuniaires, en particulier lorsque la substitution ou le remplacement occasionne des frais à récupérer à charge du débiteur récalcitrant, sans passer préalablement par le juge.

581. Définition. Pour finir, et pour éviter de laisser subsister des idées incomplètes³¹², la définition du privilège unique mérite d'être reprise une dernière fois. Elle doit être affinée par comparaison avec l'hypothèse de départ, en fonction des enseignements livrés par l'analyse.

Le privilège du préalable peut être défini de la manière suivante. En droit administratif³¹³, il désigne, au sein de la procédure d'exécution :

la dispense parfois accordée par le législateur à une autorité administrative donnée, exceptionnellement tolérée par le juge en cas d'urgence nécessitant, d'obtenir l'autorisation du juge judiciaire avant de recourir à une mesure d'exécution forcée déterminée sur les biens voire sur la personne d'autrui.

La formule proposée peut étonner parce qu'elle ne présente pas une série d'éléments³¹⁴ pourtant classiquement associés aux privilèges, tels que la résistance de l'administré. Requête par et en vertu du droit commun, cependant, elle ne fait pas partie du privilège.

³¹¹ Et sous réserve du respect des principes d'égalité et de non-discrimination en ce qui concerne le traitement particulier.

³¹² Comp. L. AUCOC, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, p. 15, n° 6, à propos du droit administratif : sa définition ordinaire "nous paraît insuffisante; et, bien qu'un vieil adage dise qu'il est dangereux de faire des définitions, nous en voulons proposer une autre, parce que nous croyons qu'il est plus dangereux encore de laisser subsister des idées incomplètes".

³¹³ La précaution est de mise dès lors que le particulier pourrait être concerné par la même dispense, comme il sera suggéré ci-dessous (nos 593 et 594), sans ôter pour autant à la prérogative le caractère de privilège par rapport au droit commun, même si elle n'est pas entièrement exclusive au droit administratif.

³¹⁴ À noter le rôle du greffier passé sous silence compte tenu de la possibilité (certes limitée) d'obtenir du juge une autorisation exécutoire sur minute.

Quant à la probabilité, en droit privé, d'une telle exécution "forcée"³¹⁵ tolérée par le juge dans des circonstances exceptionnelles liées à la nécessité et à l'urgence, elle n'est pas en mesure d'affecter le même privilège en matière administrative, où il est vraisemblablement plus courant. Il s'agit dans les deux cas de dérogations au droit commun³¹⁶ mais qui, en droit privé, n'emportent pas la faculté de recourir à la force.

Quant à l'"autorisation" du notaire, elle est par définition exclue en matière unilatérale³¹⁷.

II. Un droit administratif de l'exécution parfaitement intégré

A. La cohérence générale d'un système intégré

582. Une cohérence globale. L'intérêt du droit commun en matière administrative est multiple. Mais une idée traverse cette multiplicité : c'est l'idée de cohérence. Une cohérence qui n'est pas étrangère à l'intégration parfaite du droit administratif dans le droit commun de l'exécution. Une cohérence que l'on retrouve à différents points de vue.

De manière générale, d'abord, l'application du droit commun en matière d'exécution administrative débouche sur une homogénéité qui semblait interdite. L'unité du droit de l'exécution est permise, dans une plus grande harmonie avec le système constitutionnel et légal. Le plus étonnant est que cette cohérence générale était latente en droit belge. Il est révélateur à cet égard qu'en soutenant le principe de la sujétion de l'exécution administrative au droit commun, on ne se soit mis en opposition avec aucun texte de nature législative³¹⁸.

Certes, il a été difficile à la fois de découvrir cette unité et de l'établir, tellement la tradition d'un droit administratif autonome et indépendant est forte en doctrine et, par voie de conséquence, dans les autres sources du droit. Il a fallu en quelque sorte "dépoussiérer" le droit administratif d'une série d'idées toutes faites et préconçues, d'origine française et favorables à son autonomie, parmi lesquelles les privilèges occupent une place centrale³¹⁹.

En fin de parcours, pourtant, le rapprochement entre les deux disciplines semble parsemé d'évidences. En pratique, le droit administratif de l'exécution forcée se coule parfaitement dans

³¹⁵ Une mesure de remplacement ou autre, comme évoqué ci-dessous.

³¹⁶ À la limite, le point de vue inverse pourrait être soutenu, pourvu qu'il le soit en droit privé et en droit administratif. Il s'agirait, le cas échéant, d'un mécanisme exonératoire de droit commun, aux conditions communes. Ce n'est pas le cas des législations spécifiques, au-delà du principe même de la règle particulière nécessaire. Ce n'est pas le cas non plus au-delà du volet remplacement de l'exécution qui n'inclut pas le recours éventuel à la force. Au total, cela fait beaucoup de réserves ...

³¹⁷ Pour prendre un exemple, le particulier ne se donne pas un titre exécutoire à lui-même par voie testamentaire.

³¹⁸ Avec le succès que l'on connaît, toute proportion gardée, E. LAFERRIÈRE avance le même argument à l'encontre de la théorie du ministre-juge : *op. cit.*, T. I, 1887 (1989), p. 402.

³¹⁹ Rem. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), p. 760, n° 22, dont un extrait est cité *supra*, n° 498, note 11. Add. J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 404 : "(...) le recours à la contrainte (...) s'harmonise avec une certaine conception du régime administratif".

le moule du droit privé. Sous réserve, il est vrai, de dérogations légales répétées. Mais à la faveur, le cas échéant, d'une démarche conciliante préconisée par l'article 2 du Code judiciaire.

En attendant, la (ré)conciliation des droits privé et administratif de l'exécution est le résultat d'une simple relecture de la matière, sans grands bouleversements. Et l'application supplétive du droit commun permet de combler les éventuelles lacunes ou difficultés de textes administratifs qui ne peuvent pas tout prévoir ni chaque fois tout rappeler. Le droit commun emporte avec lui une série de garanties plus solidement établies qu'en seule jurisprudence et qui sont intimement liées aux libertés publiques et aux droits fondamentaux.

583. Jusque dans les lacunes du droit privé. Le droit commun n'est toutefois pas parfait. Il présente même un certain nombre de défauts en matière d'exécution forcée.

En matière d'obligations non pécuniaires, en particulier, une série de dispositions générales du Code judiciaire - pour ne pas dire une série de principes généraux - souvent présentées comme étant réservées aux obligations pécuniaires, sont appelées à jouer une fonction identique à celle que l'on préconise en matière administrative.

L'idéal (nécessaire et urgent) serait évidemment de remédier aux carences législatives par le biais d'une loi complétant voire interprétant le Code judiciaire. L'occasion serait ainsi donnée au législateur de se prononcer explicitement sur la sujétion de principe de l'acte administratif à cette partie du droit commun de l'exécution, même si cette sujétion participe directement de la Constitution³²⁰. Il peut formellement déclarer leur application.

À défaut, néanmoins, le législateur veillera désormais à avoir les obligations administratives à l'esprit au moment de légiférer dans la matière³²¹. Car, même sans une loi expresse, la cohérence est au rendez-vous jusque dans les lacunes du droit privé, en particulier avec le parallélisme au départ insoupçonné entre le droit privé et le droit administratif dans le traitement différencié des obligations pécuniaires et non pécuniaires.

C'est en effet pour les obligations non pécuniaires que le juge administratif français a développé une théorie permettant d'assortir l'exécution forcée de conditions. Or, c'est en matière non pécuniaire que les règles civiles sont occultes et quasi inexistantes en droit privé, et que doctrine et jurisprudence s'emploient à tenter de trouver des solutions par analogie ou au cas par cas³²².

Quant aux obligations pécuniaires, elles n'ont été intégrées dans le système administratif que plus tard, et encore au titre de dispositions légales réglant expressément la matière. À défaut de règles spéciales, cependant, c'est le droit commun qui est applicable devant le pouvoir judiciaire

³²⁰ Il paraît difficile d'être plus explicite dans la Constitution sur ce point. Pour mémoire, l'article 108 interdit formellement au Roi de suspendre les lois ou de dispenser de leur exécution.

³²¹ La carence en matière administrative à défaut de jugement - lorsqu'il y a un privilège - rend d'autant plus nécessaire une intervention législative qui donne l'étoffe espérée à l'ensemble du droit commun.

³²² Le problème est passé inaperçu en droit administratif, vraisemblablement compte tenu de l'incertitude liée à l'exécution forcée des obligations non pécuniaires contenues dans les actes notariés et de leur inutilisation de facto. Les décisions de justice, quant à elles, permettent le plus souvent de remédier à ces lacunes, au cas par cas.

et depuis bien longtemps. De telle manière que la loi ne peut jamais être imparfaite ou, plus exactement, l'administration jamais paralysée.

Cette dernière solution doit être étendue en matière non pécuniaire en droit belge, sous peine d'incohérence et de ne pas pouvoir expliquer de manière objective la discrimination qui en résulterait. De la sorte, il ressort en effet plus clairement que le seul privilège pouvant être identifié par comparaison avec le droit commun concerne l'auto-délivrance du titre exécutoire, commune aux matières pécuniaires et non pécuniaires. C'est incontestablement un des avantages de la cohérence : celui de la clarté.

Par comparaison, il est sans doute plus difficile de mettre en évidence le même phénomène en droit français, à supposer qu'il puisse y être vérifié. La dualité de juridictions y incite en effet à des écarts issus d'une pratique dissociée. La comparaison est dès le départ voilée par un système - voire deux systèmes, juridictionnel et lié à l'exécution administrative - présenté comme autosuffisant.

584. Une réunion. En somme, la première cohérence du "système belge" est la réunion de toutes les catégories d'obligations et leur soumission, si pas aux mêmes règles ou aux mêmes principes (selon qu'elles sont pécuniaires ou non), en tous cas aux mêmes sources.

L'élaboration d'une véritable théorie générale de l'exécution des actes est désormais possible³²³. Dans la foulée, elle gagne en cohérence au sein de chaque discipline, comparé à des théories séparées.

Cela dit, la cohérence générale du système procède surtout de cohérences particulières qu'il convient d'identifier pas à pas. Il gagne en cohérence des points de vue constitutionnel, légal, théorique, pratique, ainsi que jurisprudentiel. Il est permis d'organiser ces cohérences en deux points. La première cohérence est avant tout normative ou liée aux sources du droit³²⁴ (1). Quant à la seconde cohérence, elle est plus théorique ou conceptuelle (2).

³²³ Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), pp. 765 à 774, n° 31 à 46, sp. n° 31, p. 766, par rapport auquel on se situe encore un degré plus haut, car l'auteur limite sa remarque à l'étude globale des obligations pécuniaires et non pécuniaires, alors qu'ici la sujétion aux mêmes sources du droit est encore plus importante : il serait "scientifiquement inadmissible" de séparer le droit fiscal (le "régime de l'exécution des normes administratives fiscales") de la "théorie générale de l'exécution des actes administratifs" (au sein de laquelle s'inscrit le privilège limité), car il s'agit d'une spécialité intégrante de la partie générale du droit administratif, "système de synthèse" à partir d'un "ensemble de droits administratifs spéciaux" (n° 31, pp. 765 et 766). Il s'agit d'une condition *sine qua non* à l'élaboration d'une théorie générale de l'exécution des actes administratifs. *Contra* : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, titre 1, 1960, p. 1 : la matière autonome est écartée au même titre que le droit pénal; C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 19, pp. 7 et 8, pour qui l'étude d'un problème en droit administratif est suffisamment complexe que pour éviter de l'alourdir avec des considérations de droit fiscal, droit très spécifique et réglementé.

³²⁴ Les sources légales *sensu lato* du privilège, vers une cohérence d'ordre constitutionnel et légal (a), d'une part, et jurisprudentiel, d'autre part (b). Il est à souhaiter qu'elle devienne aussi doctrinale à l'avenir.

B. Les cohérences particulières

1. Une cohérence normative

a. Une cohérence constitutionnelle et légale

585. À travers deux institutions. Il n'est pas utile de revenir sur les développements du titre I pour souligner l'exigence constitutionnelle liée à l'application du droit commun en matière administrative. La place du juge judiciaire en droit administratif belge aura été décisive à cet égard et, par voie de conséquence, à celui de l'unité de principe du droit de l'exécution. La cohérence globale qui en résulte en est l'aboutissement. C'est à son étude que l'on s'attache à ce stade. Elle trouve à s'exprimer à travers le principe de spécialité et les articles 10 et 11 de la Constitution, en particulier.

Il en résulte en droit belge une conception nettement plus légaliste et constitutionnelle du privilège qu'en droit français, comme annoncé d'ailleurs au titre I³²⁵. Non pas que la Constitution elle-même établisse directement le privilège³²⁶. Mais tous les éléments sont présents dans la Constitution pour requérir du privilège qu'il soit conforme aux lois, auxquelles seul le législateur est en principe habilité à déroger (sous réserve de l'urgence nécessaire).

Accepter l'exécution forcée des obligations administratives sans qu'une loi ne l'y autorise expressément revient ainsi à permettre à l'autorité administrative d'empiéter sur le domaine de l'autorité législative³²⁷. Ce qui est susceptible d'être sanctionné par le juge *a quo*, voire, au besoin, par le législateur lui-même.

586. Le principe de spécialité. À l'évidence, la spécialité du privilège procède directement du principe plus général de spécialité en matière administrative. Il s'agit d'un "privilège juridique"³²⁸. Son interprétation doit être stricte - sous réserve de l'article 2 du Code judiciaire - "Exceptio strictae interpretationis". D'autant qu'en droit belge, les pouvoirs ne sont pas limités par nature ou parce que le juge administratif l'a décidé³²⁹, mais parce qu'intrinsèquement les pouvoirs participent de la Constitution et des pouvoirs organisés ou conférés par elle, dans le respect d'une hiérarchie des normes établie par elle³³⁰. Raisonner

325 Voy. *supra*, n° 100.

326 Comp. proc. gén. P. LECLERCQ, *op. cit.*, B. J., 1929, col. 164 : "Bien qu'ils eussent inscrit dans la Constitution que tous les pouvoirs émanent de la nation, les membres du Congrès, par cela même qu'ils établissent une Constitution qui ne peut être modifiée qu'en observant certaines règles, faisaient de la loi le véritable souverain".

327 Comp. J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 310.

328 F. MODERNE, *op. cit.*, T. II, titre I, 1960, p. 3.

329 En mettant en avant la principale légalité du privilège, au demeurant, tout en se réservant la possibilité de remédier au silence parfois relatif de la loi.

330 Rem. P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 357, p. 566, concernant les sources constitutionnelles du droit administratif et l'article 108 de la Constitution qui fait apparaître en termes exhaustifs la subordination de l'arrêté royal par rapport à la loi, et donc l'impossibilité pour le premier de déroger à la seconde. Le Roi n'est pas habilité à se privilégier lui-même.

ainsi permet de passer d'une "logique de la certitude, de l'opposition et de l'intransigeance" à "une logique du probable, du raisonnable et du proportionné"³³¹.

Le principe de spécialité n'est pas pour autant synonyme de paralysie en matière administrative lorsque les lois administratives ne proposent rien. Le cas échéant, en effet, le droit commun comble le silence de la loi. Le droit commun n'a donc pas seulement un rôle privatif, interdisant en principe à l'administration d'agir en dehors d'une loi³³². Il a aussi une fonction permissive, autorisant à agir dans son respect.

En même temps, le droit commun vient s'ajouter aux libertés publiques et aux droits individuels³³³ pour requérir l'intervention du législateur dans ces "matières", si ce dernier souhaite qu'il en aille autrement³³⁴ et que soient autorisés des faits ou des comportements

331 Voy. P. MARTENS, compte-rendu de la leçon inaugurale donnée par F. OST et M. van de KERCHOVE à la Chaire Francqui le 1^{er} mars 1995, Faculté de droit de l'U.L.B., "Penser la complexité du droit : pour une théorie dialectique", J.T., 1995, p. 502. Sur le sujet, rem. J. LENOBLE, *Droit et communication. La transformation du droit contemporain*, Paris, Les éd. du Cerf, coll. Humanités, 1994.

332 En affirmant la prépondérance de la loi, le proc. gén. P. LECLERCQ a pu parfois laisser paraître que seule la loi spéciale, à l'exception du droit commun, permet à l'administration d'agir. Mais pas toujours. Voy. le titre I et A. ALEN, *op. cit.*, T. II, 1984, n° 443, p. 821 et notes 2 à 4. Rem. proc. gén. P. LECLERCQ, *op. cit.*, *Belgique judiciaire*, 1929, col. 165 : "Le citoyen belge peut tout, sauf ce que la loi lui défend; le pouvoir exécutif ne peut rien, sauf ce que la Constitution ou les lois portées en son exécution lui permettent". Add. R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 1334, p. 404 : "Le particulier peut faire tout ce que la loi ne lui interdit pas; la puissance publique ne peut au contraire agir que dans les limites où elle y est autorisée par la loi".

333 Rapp. M. NIHOUL, "Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative : l'eau et le feu ?", note sous S.L.C.E., avis n° A.78.976/VIII-9-1213 sur une demande formulée le 12 juin 1998, par le Ministre de la santé publique, en application de l'article 9 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, C.D.P.K., 1999, pp. 287 à 289, sp. p. 289. Rem. J. DE BRABANDERE, *op. cit.*, *Revue du notariat belge*, 1985, point 15.7., p. 393, note 74 : l'exécution par voie parée limite inmanquablement les droits civils de l'individu (principalement le droit de propriété) et trouve dès lors difficilement son fondement dans une décision purement administrative dans le respect de la Constitution. Rem. en droit français not. J.-L. de CORAIL, *op. cit.*, 1976-1977, p. 404, dont la préoccupation est très répandue : on ne peut admettre un recours à la contrainte en dehors de l'intervention d'un juge "que s'il est organisé et limité par le droit" car il porte atteinte aux libertés individuelles. Comp. d'un point de vue plus général H. BERTHÉLEMY, *op. cit.*, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 820 : "il est dangereux d'étendre cette autonomie à toute la sphère des actes administratifs. Il n'y a lieu de les soustraire au droit commun que dans des cas exceptionnels. Trouver un prétexte pour les affranchir des principes ordinaires du droit, c'est diminuer sans raison les garanties des administrés".

334 Rem. C.A., n° 80/95, 14 décembre 1995, J.L.M.B., 1996, p. 484 (sommaire), analysé ci-dessous, note 343, ici B.16 : "Dès lors qu'elles s'analysent comme organisant des mesures conservatoires raisonnablement justifiées et susceptibles d'un contrôle judiciaire, les dispositions attaquées ne dérogent pas à l'égalité des créanciers des laboratoires, ne créent aucune expropriation, n'entravent pas de manière excessive la liberté de commerce et d'industrie de ceux qui exploitent un laboratoire et n'apportent aucune restriction à leur liberté d'association. Il s'ensuit qu'elles ne portent pas atteinte aux droits et libertés garantis par les dispositions invoquées aux moyens". Comp. civ. Bruxelles (réf.), 30 mai 1973, J.T., 1973, p. 602 et l'illégalité non suffisamment apparente pour justifier la voie de fait et la mainlevée d'une saisie effectuée par un commissaire de police en application d'un règlement de police communale interdisant certains appareils de jeux contraires à l'ordre public, sous peine d'une sanction pénale et de "confiscation" (saisie et mise sous scellés). Il faut préciser que le moyen avancé par les requérants (non retenu au vu des apparences) visait uniquement l'incompétence du conseil communal à réglementer une matière déjà réglée par le conseil provincial (sans confiscation) et le législateur (le code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus). Il était permis de s'interroger sur la légalité du règlement qui organise une véritable saisie - fut-elle conservatoire - alors que la matière est réglée dans le détail par le Code judiciaire. À moins de justifier l'intervention autrement, par exemple sur base du flagrant délit, mais qui procède alors d'une disposition légale.

ordinairement interdits par les lois civiles et pénales (une dérogation-contradiction)³³⁵.

587. Pour une plus grande sécurité juridique. La principale vertu d'une théorie légaliste est sa lisibilité et donc sa prévisibilité, pour l'administré, mais aussi pour les administrations qui ont besoin de guides pour agir³³⁶, et pour les juges amenés à les contrôler.

Comme l'a écrit J. RIVERO, "L'individu ne se sent protégé par le Droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer"³³⁷.

La théorie dénote pourtant avec ce que l'on trouve dans les ouvrages et les précis de droit administratif, à l'endroit des privilèges, et dont l'effet psychologique ne doit pas être minimisé, y compris en termes d'action et de représentation collective.

Son mérite est dès lors de rappeler aux pouvoirs leur rôle spécifique en la matière, ce qui paraît capital pour le processus décisionnel. Et si elle ne permet pas d'éviter le pire, si d'aventure le législateur ou le constituant décidait un jour de modifier les règles dans un sens moins respectueux des droits et des libertés, elle permet de le faire de manière démocratique, sans trop s'en référer à la sagesse des juges, dont ce n'est pas le rôle, à la différence du contrôle³³⁸.

³³⁵ Le propre des règles civiles, judiciaires mais aussi administratives liées à l'exécution forcée, est de former un rempart contre toute exécution forcée sauvage et incivilisée, c'est-à-dire non organisée. De quoi s'étonner du vide juridique en matière non pécuniaire. Rem. ainsi la question posée par Me SABATIER devant le T.C., Marquigny, 4 novembre 1880, S., 1881, 3, 81, ici 87 et 88 : la question qui se pose est "celle de savoir s'il résulte, soit de la loi de 1790, soit de la loi de 1792, soit du décret de l'an 12 (ce sont des textes cités par les arrêts de conflit), une loi d'exception au droit commun des citoyens français qui autorise le pouvoir gouvernemental ou administratif à dissoudre par la force publique, sans jugement, les associations religieuses non autorisées, et, par conséquent, à pénétrer dans les domiciles, à saisir les citoyens, à les jeter dans la rue, à les tenir dispersés, à les poursuivre là où ils seront réunis de nouveau, jusqu'à ce que le gouvernement, dans son appréciation arbitraire, ait estimé leur dissolution définitive". La comparaison induite par l'avocat, entre le citoyen ordinaire et celui qui a fait des vœux religieux, montre le nombre de droits bafoués par une exécution directe liée à l'expulsion.

³³⁶ La lisibilité des pouvoirs permet en effet d'éviter une série de dérapages, en particulier lorsqu'ils sont dus à l'ignorance par ses acteurs des limites pourtant précises de l'action administrative, que ce soit en présence comme en l'absence de texte particulier. On a vu, dans cette perspective, que les missions des forces de l'ordre ont été tout particulièrement détaillées par le législateur (*supra*, n° 464).

³³⁷ J. RIVERO, *op. cit.*, D., 1951, chr. XXIII, pp. 99 et s. : "C'est pourquoi il a, des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des Temples la Règle qui le condamnait sans qu'elle lui eût été révélée. C'est pourquoi il s'est détourné du règne du Juge, préférant la sécurité de la Règle à un arbitraire qui, si excellentes qu'en pussent être les manifestations lorsque le Juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitrages : l'imprévisibilité... La possibilité pour l'homme de prévoir les effets de ses actes, (...) d'exercer une liberté qui n'existe plus dès que celui qui prétend en user ignore les conséquences du geste qu'il pose". Quant à L. AUCOC, il répond ce qui suit à ceux qui prétendent que le tempérament qu'il souhaite introduire à propos de la conception juridictionnelle de l'acte administratif est seulement une "querelle de mots" : "D'abord il y a toujours intérêt, ce nous semble, à ne pas exprimer une idée fausse, ne fût-ce que pour parler correctement et se faire comprendre. Il y a intérêt à ne pas entretenir les préjugés (...). (...) en outre, les idées fausses entraînent des conséquences pratiques et de fausses démarches", notamment dans le chef du citoyen, en l'occurrence des circuits de procédure et d'innombrables pourvois formés à tort devant le Conseil d'État et condamnés d'avance (*op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1885, n° 334, p. 616).

³³⁸ Le contrôle peut évidemment porter sur le respect de la Constitution ou des règles internationales par les normes de valeur législative, en particulier à travers les principes d'égalité et de non-discrimination. Il est attribué à la Cour d'arbitrage.

588. Les principes d'égalité et de non-discrimination. En droit belge, on l'a déjà évoqué au titre I³³⁹, la cohérence d'un droit commun de l'exécution - auquel il peut être dérogé - est peu à peu imposée à partir des articles 10 et 11 de la Constitution, spécialement par la Cour d'arbitrage, puisque des lois, décrets ou ordonnances sont surtout concernés. Comme chacun le sait, les dispositions consacrent les principes d'égalité et de non-discrimination³⁴⁰.

La fonction de ces principes est double dans la perspective retenue. D'abord, ils justifient l'application du droit commun (plus encore que la comparaison réaliste entre les droits privé et administratif), puisque l'absence d'une différence de traitement coupe évidemment court à tout reproche sur ce point. Ensuite, ils encadrent de garde-fous toute différence de traitement que le législateur voudrait établir dans la matière. Tout n'est pas permis au législateur. Il ne peut pas déroger au droit commun sans compter.

En effet, les administrations et les particuliers ne peuvent faire l'objet d'une différence de traitement que si celle-ci répond aux exigences des principes. Elle doit reposer sur un critère objectif et être raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée, ainsi que de la nature des principes en cause. Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but légitime visé.

De la sorte, les principes induisent un rapprochement continu avec le droit commun, à travers le test de proportionnalité mis au point par la Cour d'arbitrage. Ce dernier est en effet devenu un véritable standard de référence au fil des espèces³⁴¹.

589. Pour un privilège proportionné. Eu égard au privilège, très précisément, deux arrêts récents proclament en matière fiscale que la poursuite par voie de saisie-exécution "sans intervention d'un juge, alors que celle-ci est indispensable en droit commun, est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution"³⁴².

³³⁹ Voy. *supra*, n° 94.

³⁴⁰ La Cour combine généralement ces principes avec le reste des dispositions constitutionnelles et le droit international, ou encore avec des principes généraux. Globalement, la différence est donc de moins en moins permise, y compris sous la pression du droit européen et des droits de l'homme (voy. not. G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996). Rem., en ce qui concerne l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, S. BRACONNIER, *op. cit.*, 1997, pp. 229 et 306, ainsi que la préface d'Y. MADIOT, p. 6 : "les changements provoqués ne remettent pas en cause fondamentalement les notions de base de notre droit administratif. Mais (...) ces notions sont ré-interprétées à la lumière d'une conception plus individualiste, donc plus "privatiste" du droit (...) (libérale).

³⁴¹ Par exemple C.A., n° 58/94, 14 juillet 1994, J.T., 1994, p. 103; *Amén.*, 1994, p. 262 et obs. X. THUNIS, "L'assainissement des sols pollués et le droit de la responsabilité civile : une rencontre qui n'a pas eu lieu", concernant l'exécution d'office de mesures liées à l'élimination des déchets ou l'assainissement des sols pollués et des installations industrielles désuètes, aux frais des personnes qui ont un pouvoir de décision (préalablement mises en demeure), jugée non discriminatoire eu égard au droit commun de la responsabilité (l'utilisation par la Cour de l'expression "exécution d'office" procède directement du texte contrôlé); C.A., n° 61/94, 14 juillet 1994, A.P.M., 1994, p. 134 et J.L.M.B., 1995, p. 1396 et obs. D. RENDERS, "La Cour d'arbitrage et l'article 191 de la Constitution", à propos notamment de mesures provisoirement privatives de liberté.

³⁴² Concernant le tiers débiteur d'un redevable d'impôts sur les revenus qui peut être poursuivi comme

Toujours en matière pécuniaire, des retenues d'office en garantie ont été censurées sur base d'une comparaison avec le "droit commun des saisies" (conservatoires) en matière de soins de santé.

Tel est le cas en apparence, du moins, en ce qui concerne l'arrêt n° 80/95 du 14 décembre 1995³⁴³.

débiteur pur et simple comme sanction notamment du défaut de déclaration, sans aucune appréciation du juge des saisies quant à sa légalité et son opportunité : C.A. (Q.P.), n° 11/97, 5 mars 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 580 et obs. N. PIROTTE, "Statut du tiers détenteur fiscal : du neuf"; *R.D.J.P.*, 1997, p. 137 et C.A. (Q.P.), n° 35/97, 12 juin 1997, *J.T.*, 1998, p. 2; *R.D.J.P.*, 1997, p. 144, déjà mentionnés. Rem. G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, pp. 511 et note 26 : dans ce cas, il ne saurait "être question d'admettre une inversion du contentieux et d'autoriser la délivrance d'un titre par l'administration elle-même car la dette peut être sérieusement contestée". Rem. aussi N. PIROTTE, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1997, p. 587, idr et "la vocation supplétive de la cinquième partie du Code judiciaire dont l'efficacité est tout à fait satisfaisante, dans le respect de tous les droits en présence". L'expression n'est pas vraiment adéquate car, à travers la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, on se rapproche d'une sorte de vocation "impérative" de référence. Add. P. MARTENS, in *Liber amicorum Y. Hannequart et R. Rasir*, *op. cit.*, 1997, pp. 295 et 296 et not. C.A., n° 39/96, 27 juin 1996, censurant l'interdiction faite au conjoint séparé de fait de réclamer contre l'impôt de son époux alors qu'il est tenu de le payer, sous prétexte qu'il n'est pas "redevable" au sens de la législation fiscale. De manière plus générale, rem. E. WILLEMART, "La Cour d'arbitrage et l'égalité entre les contribuables", obs. sous C.A., n° 70/96, 11 décembre 1996, *R.B.D.C.*, 1997, pp. 66 à 77.

343 C.A., n° 80/95, 14 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 484 (sommaire). La cause nécessite des explications compte tenu de la complexité de la matière dans laquelle la Cour d'arbitrage a rendu son arrêt. La disposition attaquée est l'article 28 de la loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales. Selon cette disposition, en cas de non-paiement dans les délais par un laboratoire d'une avance trimestrielle à valoir sur la ristourne due par lui à l'I.N.A.M.I. lorsque les dépenses de biologie clinique pour un exercice déterminé dépassent d'au moins 2 pour-cent le budget global établi pour cet exercice, "les organismes assureurs, à la demande du service, retiennent, en garantie, jusqu'à concurrence des sommes dues, les montants totaux ou partiels des interventions de l'assurance soins de santé dus pour les prestations dispensées dans les laboratoires débiteurs et ce, jusqu'au jour de la notification audit Institut d'une décision judiciaire définitive au fond passée en force de chose jugée, défavorable à l'Institut, concernant lesdits montants. (...) (idla). Pour la Cour, l'objectif budgétaire poursuivi est légitime. Mais les dispositions attaquées organisent "une forme particulière de saisie-arrêt conservatoire qui constitue une dérogation substantielle au droit commun des saisies", en particulier aux dispositions du Code judiciaire qui permettent à tout créancier de se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur, notamment en recourant aux saisies conservatoires organisées par les articles 1413 et suivants (B.9.). Il ne faut toutefois pas s'y tromper. Si la Cour juge cette dérogation discriminatoire, c'est surtout parce qu'elle porte atteinte à certains aspects de l'autorité de la chose jugée par les tribunaux (B.10.). En effet, seule la partie soulignée de la disposition est annulée. À savoir la partie de l'articlé qui permet que "la retenue soit opérée alors même que (...) des décisions judiciaires qui ne sont pas encore passées en force de chose jugée auraient décidé d'annuler une facture, de suspendre son exigibilité ou d'accorder des délais pour le paiement réclamé" (B.4). Pour le reste, la Cour se montre nettement plus tolérante, surtout en ce qui concerne la dérogation au droit commun des saisies. Visiblement, l'atteinte dénoncée au "droit reconnu à toute personne de soumettre toute demande de paiement formulée par elle ou contre elle et toute saisie dont elle est l'objet à un contrôle judiciaire effectif" (la garantie d'un contrôle juridictionnel) (B.10.) n'emporte pas la nécessité d'un contrôle préalable (elle peut donc se réaliser sur simple demande du service), mais plutôt celle d'un contrôle effectif - (le privilège de l'exécution d'office et le droit à un recours juridictionnel effectif sont, autrement dit, l'affaire de deux juges différents; dans le second cas, en matière administrative, le recours en suspension devant le Conseil d'État est par exemple suffisant) -, ce qui requiert que les laboratoires puissent contester les montants à payer à l'I.N.A.M.I. devant les juridictions du travail et (surtout en l'occurrence) que la décision judiciaire rendue ne soit pas privée de l'autorité de chose jugée qui, en vertu de l'article 23 du Code judiciaire, s'y attache dès son prononcé (B.15.). Deux différences de traitement sont pourtant épinglées en matière de saisies : l'I.N.A.M.I. échappe aux formalités prévues par les articles 1445 à 1460 du Code judiciaire et à l'insaisissabilité des sommes dues à titre de prestations de santé au terme de l'article 1410, § 2, 5° du Code judiciaire. Selon la Cour, cependant, le fait que certains laboratoires sont redevables de sommes importantes envers l'I.N.A.M.I. est une différence objective permettant au législateur de garantir l'Institut (une forme de sûreté donc) contre le risque d'insolvabilité, sans créer de discrimination, par

Mais tel est bien le cas, en revanche, dans deux autres arrêts n°s 78/98 et 119/98 des 7 juillet et 18 novembre 1998³⁴⁴.

dérogation au droit commun. Ce n'est qu'à défaut d'un contrôle effectif que de telles mesures seraient excessives (B.15.). À noter que la Cour remédie de la sorte à l'incohérence et l'incompatibilité de mesures conservatoires en présence de décisions judiciaires contraires. Était dénoncé par les requérants un "privilège absolu de juridiction et d'exécution" (un privilège exorbitant du droit commun) en faveur de l'I.N.A.M.I., en violation d'une série de principes fondamentaux de l'État de droit, de la séparation des pouvoirs, de l'égalité des citoyens devant les tribunaux et cours de justice, de la sécurité juridique (la prévisibilité des règles de droit), de l'égalité des armes.

344 La même approche que dans le précédent arrêt est réalisée par R. FORESTINI concernant "La légalité de la retenue du crédit d'impôt par l'administration de la T.V.A." jusqu'à décision contraire, définitive et coulée en force de chose jugée s'il s'agit d'une décision judiciaire, obs. crit. sous Liège, 26 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 533 (l'article 81, § 3 de l'arrêté royal n° 4 du 29 décembre 1969 relatif aux restitutions en matière de T.V.A., modifié en 1992 et 1993, pris en exécution de l'art. 76, § 1^{er}, al. 3 du C.T.V.A.) - qui ajoute le non respect du principe de proportionnalité tel qu'affirmé en droit européen par la Cour de justice en la matière, notamment à travers l'exigence d'un contrôle juridictionnel effectif, de même que la contrariété à l'article 92 du C.T.V.A. (une loi) prescrivant au besoin une condamnation provisionnelle en référé en cas d'opposition, mais auquel l'article 76 aurait vraisemblablement pu déroger - en s'appuyant au demeurant sur deux arrêts dans ce sens : C.A. (Q.P.), n°s 78/98 et 119/98, 7 juillet et 18 novembre 1998, *Act. dr.*, 1999, pp. 329 et 336 et note N. PIROTTE, "Retenue T.V.A. : étendue du contrôle du juge des saisies", ainsi que G. de LEVAL, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1999, pp. 523 à 525. En réalité, la Cour va plus loin dans ces deux arrêts que dans le précédent, car elle considère que la disposition interprétée comme autorisant le Roi à prévoir, au profit de l'administration concernée, une retenue des crédits d'impôt valant saisie-arrêt conservatoire, la condition requise par l'article 1413 du Code judiciaire (l'urgence) étant expressément censée remplie même lorsque la dette fiscale n'a pas les caractères requis par l'article 1415 de ce code, viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle aboutit à priver les personnes faisant l'objet d'une retenue de tout contrôle juridictionnel effectif sur la régularité et la validité de la retenue dans une procédure de saisie, le contrôle du juge des saisies étant limité à la régularité formelle de la procédure de retenue (disproportion) (exclusion de l'appréciation de l'urgence et des caractères certain, liquide et exigible de la créance dans le cadre d'une opposition à retenue, et empêchement temporaire mais certain d'ordonner la mainlevée de la retenue). La Cour retient aussi - mais dépasse donc - le problème selon lequel les effets de la retenue persistent tant que n'intervient pas un jugement ou un arrêt passé en force de chose jugée, dans la protection proportionnelle du droit à un contrôle juridictionnel effectif. La Cour constate encore que la disposition de l'article 76 se borne à permettre au Roi de prévoir au profit de l'administration concernée une retenue valant saisie-arrêt conservatoire au sens de l'article 1445 du Code judiciaire. Pour être constitutionnel, ce texte doit donc être interprété comme n'autorisant pas le Roi à déroger au droit à ce point commun en matière de saisie-arrêt conservatoire. Rem. que pour R. FORESTINI il y aurait lieu de refuser l'application du mécanisme dans l'attente d'un nouvel arrêté royal, tandis que pour l'administration et l'arrêt observé, la conséquence de l'arrêt est de reconnaître la compétence du juge des saisies ou de la cour d'appel à vérifier la nécessité et l'urgence de la retenue dont l'existence est présumée de manière seulement réfragable. À noter encore que, comme souvent en matière fiscale, la Cour d'arbitrage prend la peine de souligner d'entrée de jeu que "Dès lors que le produit de l'impôt ne peut être affecté qu'à la satisfaction de l'intérêt général et à la mise en œuvre, par les pouvoirs publics, de leurs engagements vis-à-vis de la collectivité, il doit être admis que les mesures conservatoires des intérêts de l'État puissent déroger à certaines règles du droit commun (...) sans pouvoir pour autant méconnaître nécessairement les règles d'égalité et de non-discrimination" (resp. B.6. et B.5.). Le contrôle de la Cour est plus strict si des principes fondamentaux sont en cause (resp. B.8. et B.9.).

590. Au-delà du privilège. La plupart des exemples³⁴⁵ qui illustrent les principes concernent à l'évidence les sanctions administratives dont on sait qu'elles sont parfois susceptibles d'exécution forcée. On se méfiera toutefois des formulations qui peuvent laisser penser à tort que les privilèges étudiés sont concernés, en se rappelant l'incertitude dénoncée sur le plan terminologique.

Il est par exemple arrivé que la section de législation du Conseil d'État fasse état du caractère non absolu du droit d'accès effectif au juge en matière administrative (les droits de la défense liés à l'interdiction de se faire justice à soi-même). Selon elle, "Le droit objectif déroge, notamment au profit de l'autorité, à l'interdiction de se faire justice à soi-même, en établissant le caractère exécutoire de principe des actes de l'autorité"³⁴⁶, parfois qualifié en doctrine de "privilège du préalable"^{347 348}.

³⁴⁵ Add. G. de LEVAL, *op. cit.*, Act. dr., 1999, pp. 520 à 522 concernant la consignation des sommes dues en cas d'appel du jugement rejetant l'action en justice introduite par le débiteur (l'article 92 du C.T.V.A.), jugée non discriminatoire à défaut d'automatisme (elle doit donner lieu à appréciation eu égard aux données concrètes du dossier). Concernant "L'expertise fiscale revue et corrigée par la Cour d'arbitrage" par rapport au droit commun, voy. A. DEMOULIN, obs. sous C.A. (Q.P.), n° 132/99, 7 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 48 : le fait que l'expertise fiscale vise à préserver les intérêts du Trésor n'est pas une justification suffisante d'un traitement dérogatoire consistant dans l'interprétation de la valeur déterminée par les experts comme échappant au contrôle du juge.

³⁴⁶ S.L.C.E., avis L. 23.766/8, 11 octobre 1994, sur un avant-projet de loi portant des dispositions sociales et diverses, *doc. parl.*, Sénat, s.o. 1994-1995, n° 1218/1, p. 234, déjà renseigné (avis suivi). Le conseil collatéral a procédé par référence à cet avis in avis L. 25.487/8, 8 octobre 1996 et 4 mars 1997, sur un avant-projet de loi relative à la création d'un Fonds budgétaire pour la santé et la production des animaux et des produits animaux, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1996-1997, n° 1181/1, p. 25 et n° 1182/1, p. 17. Chaque fois sans mention du privilège par la section de législation.

³⁴⁷ R. ANDERSEN et P. NIHOUL, *op. cit.*, R.B.D.C., 1995, n° 6, p. 191; J. VELAERS, *op. cit.*, 1999, pp. 117 à 119, 13 G 11 et 12. À noter au passage la contradiction entre le privilège général du préalable et la disposition légale projetée, apparemment nécessaire pour l'établir.

³⁴⁸ En législation, comp. exposé des motifs, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1996-1997, n° 1181/1, p. 7 : "il doit être tenu compte de la force obligatoire et contraignante des réglementations qui jouissent d'un "privilège du préalable"; et rapport, n° 1181/3, p. 6 : "Le ministre renvoie au principe de droit administratif du "privilège du préalable", qui a été commenté, entre autres, par le professeur MAST. Ce principe implique qu'un acte administratif est censé être conforme à la loi, étant entendu que cette présomption de conformité peut être contestée devant le juge". La manière de se référer au principe du privilège sous l'autorité de MAST en dit long sur le risque lié à sa formulation en doctrine.

N'est (donc) toutefois pas concerné "en l'espèce" le privilège du préalable tel qu'on l'a défini. Il s'agit d'une sanction attachée au non-paiement de droits, de manière inverse au mécanisme de l'astreinte³⁴⁹.

591. Vers moins de spécificité. La cohérence constitutionnelle et légale que l'on proclame haut et fort est renforcée par les principes. En même temps, elle peut déranger les esprits imprégnés d'autonomie en droit administratif. Il est en effet parfaitement envisageable de déroger au droit commun de l'exécution y compris en droit privé, dans les mêmes conditions qu'en droit administratif, à partir des mêmes sources. Tel est parfois le cas, au demeurant, en droit positif.

Le privilège est également envisageable en faveur d'un autre pouvoir que l'exécutif, il ne faut pas le perdre de vue. Néanmoins, le privilège n'est jamais attribué à un pouvoir dans son ensemble. Au sein du pouvoir exécutif, il l'est à certaines administrations, selon les matières³⁵⁰, et à certains agents déterminés (selon leur fonction) au sein de ces administrations³⁵¹. De toute évidence, un tel pouvoir ne peut pas être attribué de manière générique, notamment eu égard aux principes.

Par ailleurs, l'intervention de différentes administrations relevant du même pouvoir - voire même de deux pouvoirs autres que le pouvoir juridictionnel -, pour autoriser l'exécution forcée, n'est pas de nature à gommer toute différence de traitement par rapport au droit commun. La séparation des pouvoirs n'est pas équivalente. La confusion des pouvoirs de décision et d'exécution au sein du pouvoir exécutif demeure. Or, c'est elle qui est critiquée dans le privilège.

³⁴⁹ Est en l'espèce visée la suspension de plein droit projetée de l'agrément d'un abattoir en cas de non-paiement des droits d'expertise et de contrôle à l'Institut d'expertise vétérinaire, sur simple mise en demeure, même si ceux-ci sont contestés devant les tribunaux (la suspension pouvant encore entraîner des sanctions pénales et administratives, voire la fermeture de l'entreprise). Pour le Conseil, une telle sanction porte de toute évidence atteinte à l'effectivité du droit d'accès au juge. Or, s'il peut être dérogé à ce droit, qui "implique qu'une personne physique ou morale dont les prétentions sont contestées en justice, ne peut en principe contraindre à les respecter avant que, fût-ce par provision, le juge ait statué sur le bien-fondé des prétentions ou de la contestation", encore faut-il qu'une telle limitation au principe tende à un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Sans doute le but du dispositif peut-il paraître légitime dès lors qu'est évoquée la réduction des arriérés pour permettre la continuité de la mission de santé publique dévolue à l'institut. Mais c'est à ce stade du raisonnement, dans l'appréciation du rapport de proportionnalité, qu'intervient la censure consécutive à la comparaison avec le droit commun. En droit commun, la sanction normale prévue lorsqu'une obligation de paiement n'est pas remplie dans les délais consiste dans le paiement d'intérêts légaux à partir de la mise en demeure, conformément à l'article 1153 du Code civil. Elle est considérée comme une réparation adéquate du dommage subi par le créancier. Rapportée à l'intérêt relativement restreint de la communauté (le paiement immédiat des droits), la sanction prévue paraît évidemment disproportionnée (sous-entendu aussi : par rapport au droit commun). L'exemple est intéressant dans la perspective tracée, même s'il ne concerne pas le privilège du préalable comme tel. À travers la sanction administrative, il s'en rapproche tout de même un peu.

³⁵⁰ Rem. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 19, p. 27 et l'exemple du droit fiscal.

³⁵¹ Rem. déjà M. HAURIOU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 10; L. DUGUIT, *op. cit.*, T. II, 1928, § 6, pp. 49 et 50; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, pp. 331 à 338, n° 420 à 430. Seul le pouvoir de requérir est concerné : M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 200; G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 110, p. 176, ainsi que n° 108, pp. 172 et 173, n° 123, p. 193, et T. II, n° 413, p. 583, concernant le monopole de la force armée.

Pourtant, l'administration qui décide n'est pas celle qui exécute matériellement par la force. La force publique doit être requise, conformément à la séparation des fonctions. Elle doit l'être d'une manière transversale, selon les matières, qui n'est pas sans laisser penser à une sorte de droit commun de la réquisition des forces de l'ordre, également applicable en droit privé lorsqu'elle procède de l'huissier. Il reste néanmoins un sentiment d'appartenance au même pouvoir, jetant suffisamment de discrédit³⁵².

Pourtant, l'administration n'est pas réellement à la fois juge et partie avec le privilège, puisque l'intervention du juge est sauve *a posteriori*³⁵³. Et, plus généralement, il peut être soutenu que le principe de la séparation des pouvoirs est difficile à concevoir en soi, dans la mesure où tous les pouvoirs sont publics et rassemblés au sein de l'État³⁵⁴.

Ce sentiment est renforcé par le monopole de la force publique dont jouit le pouvoir exécutif³⁵⁵.

352 Rem. A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, S., 1947, 3, 41 : "On est là en présence d'un cas particulier de séparation des fonctions exécutive et judiciaire que les théoriciens du droit constitutionnel ont le tort de négliger trop souvent, car il importe singulièrement à la liberté que les injonctions administratives, parfois inquiétantes pour la propriété privée ou même pour la sécurité des personnes ne soient pas exécutées par ceux-là mêmes qui ont qualité pour les prendre et ne se réalisent matériellement qu'à la suite d'une sorte de filtrage judiciaire". Add. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 19; C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 10). En droit belge : L. MOUREAU, *op. cit.*, 2^e éd., 1946, n° 7, p. 9, ce qui fait la spécialité du droit administratif à l'égard même des autres "branches" du droit public - le juge et le législateur; A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, pp. 244 à 246; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", p. 16, n° 3, au moins impl. (sans formule ni promulgation).

353 J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 539 et le différé des garanties juridictionnelles qui, en pratique, leur ôte tout de même la plus grande part de leur pertinence, puisqu'elle consiste dans la vérification de la créance avant sa réalisation et non après, quand il n'est presque jamais possible de réparer complètement.

354 Rem. A. HAURIU, in *Recueil d'études ... Gény*, *op. cit.*, T. III, 1935, p. 93, concernant un certain privilège de l'administration par sa proximité par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif. Comp. L. WODON, *op. cit.*, 1920, pp. 199 à 202 : un problème incompréhensible si l'on personifie l'État au lieu de l'envisager dans sa diversité d'autorités, d'agents et de fonctions. Comp. M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, n° 31 à 54, pp. 34 à 61, concernant le "tiers sanctionnateur" en matière contractuelle et administrative, et sa solution théorique en droit belge où seul le peuple est souverain. À noter que dans l'État fédéral, le pouvoir de police peut être explosé entre les différents niveaux de pouvoir. En Belgique, cependant, les entités fédérées ne disposent pas vraiment d'un corps de police propre pour l'exécution des actes posés par leur gouvernement. À l'instar des juridictions, il s'agit principalement d'une matière fédérale (voy. l'article 184 de la Constitution).

355 Rem. CHARDENET, concl. conf. préc. C.E., commune de Triconville, 12 mars 1909, S., 1909, 3, 51 : "Il s'agit de savoir si l'autorité administrative, qui dispose de la force publique, a le droit de s'en servir sans l'intervention du juge répressif". Comp. l'explication matérielle du privilège de l'exécution d'office par la "disposition de la force publique" : comp. M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, p. 554, n° 935; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 119; C. LAVIALLE, *op. cit.*, 1974, p. 36 et une dimension "extra-juridique" liée à l'imposition par la force, même si la qualité de l'auteur permet de penser que l'on est toujours dans le domaine du droit; J. CHEVALLIER in *Pouvoirs*, *op. cit.*, 1988, p. 63; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 4 : "le seul à détenir directement la force publique, au plein sens du terme"; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 66 et l'absence de privilège par le danger pour les libertés individuelles; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 185 et 188. La plupart des auteurs y voient une source tentante d'abus : M. ROMIEU, concl. préc. T.C., Société immobilière de Saint-Just, 2 décembre 1902, S., 1904, 3, 17, ici 20; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 9 et 10; comp. F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, pp. 43 et 63 et T. II, p. 167; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 92; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, p. 554, n° 935; J. MOURGEON, *op. cit.*, 1967, n° 27, p. 42; J. BOULOUIS, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 299; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, pp. 119 et 120 (la mesure de l'inégalité des forces en présence); J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, p. 208, n° 148; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 323; J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 66; G. BRAIBANT et B.

Même si, en pratique, il procède d'un service déterminé au sein du pouvoir exécutif. L'importance du privilège prend tout son volume lorsqu'il est additionné au caractère unilatéral de la décision concernée. Par définition, sous cet angle, il est "contraire" à la séparation des pouvoirs³⁵⁶.

STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 185 et 188. En droit belge : A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1750; A. VANWELKENHUYZEN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 342; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 248, p. 593, note 5. L'intervention préalable d'un juge est d'ailleurs quasi unanimement reconnue comme étant souhaitable, même par les défenseurs du privilège. Rem. J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, pp. 538 et 539 (et note 1) (add. p. 530, note 1 : le premier progrès aura été l'intervention du juge en matière pénale, le second en matière civile, entre l'ordre de l'exécutif et son exécution forcée) : il faut souhaiter de voir se généraliser cette intervention du juge entre l'administration et l'administré; "La forme judiciaire est la forme de la paix; et l'affirmation unilatérale d'un droit suivie de la contrainte prend l'aspect d'un coup de force qui blesse la conscience juridique moderne"; mais de là à présager comme M. HAURIU la domination future du juge administratif sur l'administration active ... ; M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 240 (et p. 320) : "la suprême garantie des procédures, c'est la contradiction et la discussion"; R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 39 et 61 : "La seule garantie véritable est le contrôle juridictionnel préalable" (le privilège est une "anomalie regrettable"); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 407, p. 573 : la "nécessité du contrôle juridique préalable"; M. HOUIN, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 347 : "Peut-être retarde-t-on un peu la marche des choses mais c'est là le prix d'une plus grande sécurité juridique et il vaut bien d'être payé". Add. L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 219 (mais p. 219); M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p. 100. En droit belge : J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 214 : c'est dans les réquisitions aux dépositaires de la force publique que l'action administrative risque de devenir "malfaisante ou tyrannique"; P. WIGNY, *op. cit.*, 4^e éd., 1962, n° 210, p. 160, *a contrario* (danger); M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 13, p. 38. Les auteurs font également souvent état du tiraillement entre l'efficacité administrative et la protection des droits et libertés des administrés, qui n'est pas toujours simple à résoudre : J. CRUET, *op. cit.*, 1906, p. 7 ("L'arbitraire, dans une certaine mesure, c'est la liberté de l'administration"); L. CAVARÉ, *op. cit.*, 1920, p. 8 (rapidité-égalité); A. MESTRE, note sous C.E. (ass.), Mathian, 22 novembre 1946, S., 1947, 3, 43 : l'intérêt public et le respect des droits essentiels; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 143 : primauté de l'intérêt général et principe de contestabilité; A. DEMICHEL, *op. cit.*, 1978, p. 109 : paralysie et arbitraire; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 148, p. 208 et p. 226, n° 161; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *op. cit.*, 12^e éd., T. I, 1992, p. 323; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 16; C. DEBBASCH, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1998, p. 272.

356 Rem. A. DE L'ARBRE, obs. sous Cass., 5 novembre 1920, J.J.P., 1921, p. 235 : on ne peut attribuer au pouvoir administratif seul la plénitude de la souveraineté qui n'appartient que conjointement aux trois pouvoirs de l'État. Comp. un membre du Congrès (qui a fait partie de la section centrale nommée pour l'examen du projet de constitution), *op. cit.*, 1834, p. 11 : le mot pouvoir exprime "l'idée de volonté réunie à la force". Aussi les pouvoirs législatif et exécutif ne sont-ils pas des pouvoirs proprement dits puisque le premier n'est qu'"une volonté sans la force" et le second que "la force sans la volonté". Il n'existe donc qu'un seul pouvoir : le pouvoir souverain, résidant originellement dans la nation et exercé par délégation. Comp. aussi J. LEJEUNE, *op. cit.*, 1857, p. 43; J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, pp. 29 et 30, 228 et 229, p. 286 et note 1; *Pandectes b.*, T. III, 1879, "Acte administratif", col. 92, n° 158; L. WODON, *op. cit.*, 1920, pp. 78, 195 et 196; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 13, pp. 36 à 39 et n° 19, p. 62. Sur la séparation radicale entre les détenteurs de la force et ceux pouvant la requérir, rem. M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, p. 478 (et note 2) et M. HAURIU (A. HAURIU), *op. cit.*, 5^e éd., 1943, p. 321 : "Il existe une séparation radicale entre les autorités administratives qui ont le droit de mettre en mouvement la force publique et les agents qui constituent à proprement parler cette force". Elle introduit "un contrôle automatique dans l'emploi de la force publique", même si cette dernière est essentiellement obéissante. On retrouve une séparation analogue en matière de comptabilité publique entre les ordonnateurs et les comptables. De même que les ordonnateurs n'ont pas le maniement des deniers, de même les autorités administratives ou judiciaires n'ont pas le maniement direct de la force publique. De même que les comptables ne peuvent pas payer une dépense sans un ordre de l'ordonnateur, de même les agents qui ont le commandement direct de la force publique ne peuvent point employer celle-ci sans un ordre ou une réquisition d'une autorité compétente. Dans un sens apparenté : L. ROLLAND, *op. cit.*, 10^e éd., 1951, n° 476, pp. 411 et 412.

592. Un "privilège de droit commun". Avec le recul, c'est la définition même du privilège qui change de perspective sous cet éclairage plus large et plus objectif. La dérogation au droit commun ne s'identifie plus à une opposition entre le droit privé et le droit administratif. On la trouve également en droit privé et même en droit public³⁵⁷.

Certes, d'un point de vue purement quantitatif, le droit administratif comporte beaucoup plus d'occurrences dans lesquelles la loi établit un privilège en faveur d'un agent de l'administration que le droit privé en faveur du particulier ou le droit public en faveur d'autorités déterminées. Et comme il est généralement admis qu'il y a moins d'actes unilatéraux posés en droit privé qu'en droit public, vraisemblablement y en a-t-il moins encore qui sont susceptibles d'exécution forcée sans l'autorisation préalable du juge.

On sait toutefois qu'il ne suffit pas de conclure à l'existence même marginale d'une institution en droit privé pour refuser tout caractère privilégié à une action administrative plus habituelle³⁵⁸. Le seul effet d'un tel constat est de "rejeter comme inexacte l'assimilation du droit privé au droit commun".

Le propos est de G. DUPUIS³⁵⁹ qui s'exprime comme suit :

"Tous les privilèges sont, par définition, exorbitants du droit commun. Comme certains de ceux dont jouit l'administration bénéficient également à des particuliers, leur étude conduit à rejeter comme inexacte l'assimilation du droit privé au droit commun. En réalité, l'ordre juridique ne comprend que très peu de règles applicables à toutes les personnes physiques ou morales. La plupart de ses dispositions ne valent que pour des catégories bien déterminées de sujets. Et si l'on peut admettre que les individus sont juridiquement égaux en principe, il ne faut jamais oublier pour autant que l'essence même du droit est d'introduire entre eux des différenciations dont certaines s'analysent en une véritable hiérarchisation (...). Ainsi le droit privé comprend lui aussi des dérogations au droit commun et des privilèges. Il n'est pas comme on l'a souvent prétendu, le droit de sujets égaux opposé au droit public qui serait caractérisé par l'inégalité des administrations, ces "personnages puissants" selon l'expression d'HAURIOU, et des administrés. (...) La prétendue spécificité des décisions exécutoires de l'administration par rapport aux actes unilatéraux de droit privé est un mythe" (n° 413, pp. 581 et 582). Il s'impose de "repenser la notion de privilèges de l'administration afin d'essayer d'en faire un meilleur instrument de connaissance du droit administratif" (n° 414, p. 586).

Or, effectivement, d'un point de vue qualitatif cette fois, il n'est pas exclu de rencontrer le privilège en droit privé. Surtout depuis que l'on connaît mieux l'instrument légal permettant de le fabriquer.

Le constat conduit à relativiser la présentation des privilèges comme un élément du régime juridique spécial réservé à l'administration. Avec une nuance de taille, cependant, qui doit

³⁵⁷ Sans compter qu'au sein même du droit administratif elle est l'exception par rapport à la règle commune des agents, et qu'elle est limitée à des activités déterminées. L'acquis est toutefois plus ancien.

³⁵⁸ Comp. G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 401 et la notion de "véritable privilège". Comp. F. MODERNE, *op. cit.*, T. I, 1960, p. 218, à propos de la puissance publique : qu'un privilège ne soit pas absolu ne l'empêche pas d'être un privilège.

³⁵⁹ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 413, pp. 581 à 584.

encore être apportée : si les privilèges civils sont souvent partagés par l'autorité publique³⁶⁰, l'inverse n'est pas vraiment correct.

593. Le privilège en droit privé (en matière non pécuniaire). En droit privé, en matière non pécuniaire³⁶¹, on songe en particulier à l'article 37 du Code rural qui autorise explicitement et directement le propriétaire d'un fonds à couper *lui-même* les racines qui avancement sur son héritage, sans même prescrire une mise en demeure. Tel n'est déjà plus le cas des branches, pourtant éventuellement du même arbre, à propos desquelles le droit du propriétaire n'est plus que de contraindre le voisin à les couper, sans pouvoir les couper lui-même. La contrainte matérielle requiert donc un jugement, assorti d'une faculté de remplacement permettant même, au besoin, la réquisition des forces de l'ordre (dans le pire des cas).

L'article 31 du Code rural est fait de la même étoffe : le propriétaire d'une haie vive non mitoyenne ou d'un mur non mitoyen a la faculté, hors le temps de la récolte sur pied, de passer sur le champ de son voisin, pour rabattre, élaguer la haie, enlever le branchage, réparer ou entretenir le mur. Si le champ est clos, le passage devra être demandé au voisin qui pourra le désigner, à son choix. En cas de refus, le passage sera pris à l'endroit le moins dommageable et sauf réparation du dommage causé. En pratique, le législateur espère vraisemblablement que sa disposition soit suffisamment claire pour éviter les litiges. Mais il semble que le recours au juge s'impose en cas d'interposition d'un propriétaire, du moins pour pouvoir recourir (plus avant) à la force.

L'article 14, al. 2 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police est plus ambigu : les services de police portent assistance à toute personne en danger dans le cadre général de la protection des personnes et des biens. Il en résulte une sorte de pouvoir de réquisition des forces de l'ordre, sans passer préalablement par le juge, par exemple en cas de violation de domicile ou de stationnement devant une entrée de garage. À vrai dire, la disposition vise surtout à éviter les débordements manifestes. Il s'agit de remédier à des flagrants délits. Mais, en pratique, la part des choses est parfois difficile à faire³⁶².

³⁶⁰ Tel est le cas de (rares) privilèges privés liés à l'exécution forcée (ci-dessous), mais aussi d'autres privilèges, selon G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 23, pp. 29 et 30, tels l'insaisissabilité des biens des collectivités publiques comparée à celle des salaires, la prescription raccourcie de certaines créances ou encore le privilège du Trésor qui serait le type même des privilèges prévus par le Code civil. *Add.* p. 35, n° 27, dans le sens d'une unité qui n'exclut pas la diversité.

³⁶¹ Rem. aussi le droit d'abattre des chiens errants en cas de nécessité dont la finalité se confondrait avec celle d'une police de l'ordre public (voy. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 147), voire la légitime défense ou l'état de nécessité. Voy. les articles 539 et s. du Code pénal. Comp. avec les mesures de sûreté nécessaires pour mettre fin à la divagation des animaux dangereux ou abandonnés de l'article 24 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, ainsi qu'avec l'article 135, § 2, 6° de la Nouvelle loi communale (la divagation des animaux malfaisants ou féroces). Rapp. civ. Namur (réf.), 27 septembre 1991, *Droit communal*, 1992, p. 95, obs. J.-M. VAN BOL et les mesures ordonnées en urgence par le juge à la demande de la Ville de Namur lorsque les chiens à l'origine de nuisances n'ont pas pu être capturés sur le fait (astreinte et emparement pour placement dans un chenil aux frais des propriétaires).

³⁶² Comp. G. DUPUIS qui constate simplement que "le chef de famille dispose d'une espèce de *privilège d'exécution forcée* puisqu'un enfant mineur ayant quitté sa maison sans l'autorisation de son père peut être reconduit chez lui par la force publique sans contrôle judiciaire préalable" (*op. cit.*, T. I, 1962, n° 47, p. 72, *id.*;

594. Le privilège en droit privé (en matière pécuniaire). Sur le plan pécuniaire, l'acte notarié a déjà été mentionné (y compris son régime légal) comme une sorte de privilège du préalable conventionnel³⁶³.

À signaler aussi par le passé la "clause de la voie parée" aujourd'hui abrogée par l'article 1626 du Code judiciaire. Le créancier hypothécaire premier inscrit pouvait obtenir de son débiteur qu'il consente par contrat à l'exécution forcée de son immeuble en paiement de sa dette. Même dans ce cas, il appartenait au président du tribunal de première instance de vérifier le titre produit et de veiller à l'exécution de la vente du bien par le notaire désigné³⁶⁴.

Il faut ajouter encore un privilège de l'exécution d'office ponctuel (!) qui semble pouvoir être trouvé dans la délégation de sommes de l'article 221 du Code civil³⁶⁵ et l'article 1280, alinéa 6 du Code judiciaire. Ces derniers établissent en effet une saisie-exécution simplifiée au profit de créanciers d'aliments. Il s'agit d'une forme de saisie plus simplifiée encore que la saisie-arrest elle-même³⁶⁶. En revanche, le détour préalable par le juge est requis dans ce cas. Il n'y a donc pas de privilège du préalable *préalable* à celui de l'exécution d'office. Les deux privilèges ne sont pas nécessairement liés.

595. Le privilège en droit public. En droit public, pour finir, et sous réserve des principes liés à la délégation des pouvoirs, des prérogatives considérables sont parfois accordées à des autorités distinctes relevant des deux autres pouvoirs. On songe notamment aux magistrats du ministère public (d'initiative)³⁶⁷ ou aux présidents des assemblées³⁶⁸.

du même auteur, "Définition de l'acte unilatéral", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, op. cit., 1977, p. 207). N'en va-t-il pas de même lorsque le particulier appelle la police pour évacuer celui qui commet une violation de domicile ou pour toute forme d'intervention comparable destinée à protéger ce que J. BARTHÉLEMY appelle "les droits évidents": "protéger par la force matérielle celui qui paraît être en possession de droit. L'administration possède de ce chef une mission nécessaire à l'ordre public et à la paix sociale; mais il serait bien difficile d'en faire la théorie et d'en définir, avec précision, l'étendue" (op. cit., R.D.P., 1912, p. 537)? À noter que, dans ces situations, les choses se compliquent en cas de contestation, par exemple quant à la réalité du domicile ou autre. Comp. cette Dame Cortesi, locataire, voulant rentrer chez elle de nuit, ayant dû demander asile au poste de police car son domicile avait été réquisitionné par la force en son absence et les serrures changées: T.C., (Sieur Morin) Dame Cortesi, 18 décembre 1947, *Rec.*, p. 515; D., 1948, 3, 62, note M. FRÉJAVILLE.

³⁶³ Voy. *supra*, note 236 et n° 563. Rem. au demeurant en droit prospectif: G. de LEVAL, "Les ressources de l'inversion du contentieux", in *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 83 à 97, comme pour une série de créances publiques (n° 4, p. 87).

³⁶⁴ Voy. C. CAMBIER, op. cit., T. I, 1974, p. 144, note 33.

³⁶⁵ *Add. not.* les articles 203ter et 301bis du Code civil.

³⁶⁶ Rapp. G. de LEVAL, op. cit., 1976, n° 197, p. 310. *Add.* de manière isolée la retenue d'office de sommes en garantie (une mesure conservatoire) par les organismes assureurs, à la demande de l'I.N.A.M.I. et à l'encontre des laboratoires de biologie clinique, in C.A., n° 80/95, 14 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 484 (sommaire).

³⁶⁷ Rem. ainsi les pouvoirs du procureur du Roi en cas d'urgence, en étroite collaboration avec le juge de paix, concernant les malades mentaux, au terme de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux. Quant au placement à l'hôpital d'une personne atteinte de maladie vénérienne contagieuse, s'il peut être ordonné par l'inspecteur d'hygiène, il procède de la juridiction d'instruction ou de jugement saisie d'une poursuite (sans qu'il soit précisé qu'il acquiert de la sorte force exécutoire, ce qui est pourtant le cas). Voy. les articles 6, 7 et 13 de l'arrêté-loi du 24 janvier 1945 relatif à la prophylaxie des maladies vénériennes. Rem. aussi les pouvoirs du procureur du Roi sur les biens et les personnes au cours de l'instruction (sp. l'article 35 du

En principe, seule la loi peut expliquer les différences de pouvoirs entre les autorités³⁶⁹.

596. Conseils. Face à ces divers privilèges du préalable ponctuels, moins fréquents qu'en droit administratif, n'y a-t-il pas lieu, eu égard aux principes étudiés, de proposer une série de recommandations au législateur désireux d'en établir de nouveaux ou de perfectionner ceux existants?

Une formule en législation a déjà été dégagée à l'endroit réservé à son étude, dans l'incertitude de la sujétion programmée des autorités administratives au droit commun. On se permet d'y renvoyer³⁷⁰, mais sans dispenser le législateur sur un point ou sur l'autre, au motif que le droit commun proposerait déjà une solution de manière supplétive. Il faut inviter au souci de la précision. Tout en évitant les trop importantes délégations de pouvoirs, que ce soit en termes de réglementation ou d'exercice de ces pouvoirs.

Pour le reste, il est aujourd'hui indispensable de veiller à expliquer et justifier, dans les travaux préparatoires, les discriminations que l'on souhaite établir par rapport au droit commun, de manière à permettre à la Cour d'arbitrage d'effectuer son contrôle en pleine connaissance de cause. À défaut, la Cour n'est pas toujours en mesure d'identifier précisément les objectifs poursuivis, qui ne sont pas nécessairement évidents. Or, il arrive que la censure de la Cour soit en partie imputable au manque de transparence des documents parlementaires. Le cas échéant, elle constate au préalable le silence des travaux sur ce point. Le signal a le mérite d'être clair. La Cour souhaite établir une sorte de principe de la motivation des discriminations par le législateur, de manière à permettre un contrôle plus objectif³⁷¹.

Compte tenu de l'état très différent des régimes juridiques organisés en droit commun pour les deux types d'obligations retenues, il semble que le législateur soit amené à être plus précis en matière non pécuniaire qu'en matière pécuniaire, à défaut d'une réglementation supplétive détaillée dans le premier cas.

Code d'instruction criminelle en cas de flagrant délit) et le droit de requérir directement la force publique pour les procureurs du Roi et tous les autres officiers de police judiciaire dans l'exercice de leurs fonctions (article 25). Cela dit, il s'agit dans ces cas de magistrats, c'est-à-dire de juges, ce qui permet d'écarter l'hypothèse d'un privilège tel qu'on l'a défini.

³⁶⁸ Rem. G. DUPUIS, op. cit., T. I, 1962, n° 110, p. 175 et 176, pour assurer la sécurité dans leur assemblée. Voy. les articles 88 et 90 du Règlement du Sénat de Belgique tel que renuméroté le 22 avril 1999 (les anciens articles 78 et 80): le président donne à la garde de service les ordres nécessaires à la "police du Sénat" et toute personne qui trouble l'ordre ou qui donne des marques d'approbation ou d'improbation dans les tribunes en est immédiatement expulsée.

³⁶⁹ Y compris au sein de l'administration, à l'évidence. Comment expliquer autrement qu'un inspecteur du travail doit se limiter à dresser un procès-verbal, tandis qu'un commissaire de police peut décider d'une arrestation administrative?

³⁷⁰ Voy. *supra*, n° 475.

³⁷¹ Comp. S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 14, concernant l'exécution d'office d'une décision de fermeture. Avec A. VANWELKENHUYZEN et M.-A. FLAMME à l'appui, le conseil collatéral invite le législateur (et seulement lui!) à juger s'il existe des motifs suffisamment graves pour justifier la dérogation au principe qui veut que nul, pas même l'autorité, ne peut se faire justice à soi-même. Il y va, entre les lignes, d'une invitation à formuler cette appréciation dans les travaux préparatoires.

La cohérence légale n'est donc pas parfaite en matière d'exécution forcée. Mais cette incohérence de fond est commune aux deux disciplines, ce qui rétablit en définitive une forme de cohérence entre obligations civiles et administratives. Cela dit, la cohérence n'est pas seulement perceptible en législation. Elle l'est aussi en jurisprudence. Et demain, elle est attendue en doctrine.

b. Une cohérence jurisprudentielle

597. Le rôle commun de l'urgente nécessité. La cohérence qui, en matière d'exécution forcée, se dessine en jurisprudence, à la suite de la lecture plus "civiliste"³⁷² des privilèges, concerne le rapprochement des droits privé et administratif à propos de la valeur dérogatoire de l'urgence et de la nécessité.

De même que la valeur dérogatoire de l'urgence permet un rapprochement en France entre les disciplines civiles et administratives (une "jurisprudentialité" de crise³⁷³), sa réduction à la théorie de l'urgente nécessité ou de la force majeure est transversale en droit belge.

Il faut reconnaître à cet égard que l'intuition de départ conduisait à prévoir la seule exclusion de l'exécution d'office au sens strict en droit administratif belge et que l'exécution en cas d'urgence était tentante à l'idée préconçue d'ajuster parfaitement les droits civil et administratif, puisqu'il semblait à première vue qu'elle existait en droit privé³⁷⁴, du moins en matière non pécuniaire³⁷⁵.

³⁷² Ou privatiste. Il est difficile de retenir une lecture "communiste" au sens d'une lecture fondée sur le droit commun. À noter toutefois que la lecture est imposée par la Constitution. Elle est donc plus fondamentalement constitutionnelle.

³⁷³ G. DUPUIS, *op. cit.*, T. II, 1962, n° 414, p. 585.

³⁷⁴ À en croire une partie de la doctrine, au demeurant, "Dans certains cas exceptionnels (urgence, nécessité, ...), le créancier peut se dispenser de l'autorisation du juge et remplacer lui-même, mais à ses risques et périls, son co-contractant défaillant préalablement mis en demeure d'exécuter son obligation" : G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 562. À noter que les auteurs font état à la même page, mais sans faire le lien avec le droit privé, du privilège d'exécution d'office de l'administration, présenté comme étant général, mais aussi "strictement contingenté" à l'injonction régulière, de même qu'à l'absence d'un autre procédé juridique et aux mesures indispensables pour éviter le péril qui résulterait de l'inobservation (la nécessité). Comp. sans référence au droit administratif I. MOREAU-MARGRÈVE, préface à P. WÉRY, *op. cit.*, 1993, p. X, idr : ce dernier remarque que "le préalable de l'autorisation judiciaire est en passe de n'être plus requis dans certaines hypothèses qui devraient, cependant, à son avis, être limitées aux cas d'urgence"; et l'auteur p. 198, n° 198 : le créancier disposerait en cas d'urgence "d'un véritable droit d'exécution d'office" (substituer d'office autrui en l'absence de toute stipulation contractuelle). Une telle assertion était encourageante dans la perspective comparative. D'autant que des conditions rigoureuses étaient préconisées à la tolérance de cette dérogation au principe de l'exécution judiciaire. Pour rappel, toutefois, l'atteinte à la personne ou à la propriété d'autrui est strictement interdite, surtout pour des raisons liées à l'ordre public.

³⁷⁵ En règle, l'exécution forcée par équivalent - à distinguer de la sanction pénale dont la fonction n'est pas indemnitaire - requiert toujours l'intervention du juge en cas de contestation. Tel est plus généralement le cas en matière pécuniaire où il convient de s'en remettre exclusivement à la loi judiciaire ou spécifique. Or, en vertu de la loi, l'urgence ou la célérité n'est relevante que pour les saisies conservatoires (G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 565) : elle ne permet pas le recouvrement d'une créance qui ne serait pas certaine, liquide et exigible.

598. Le rôle commun du juge. Cependant, le système constitutionnel belge impose un point de départ commun aux juges administratifs et judiciaires, en l'absence de dérogation légale. L'état actuel du droit positif ne peut pas être un frein à une évolution progressive dans ce sens³⁷⁶.

Certes, le juge judiciaire reste tenté d'établir une série de "dérogations"³⁷⁷ fondées sur l'histoire ou sur la tradition, y compris en droit belge. Mais l'avenir doit être fait d'un plus grand respect du droit commun, sous réserve d'une dérogation légale qui reste reine pour distinguer les gestions privée et administrative, telle l'expulsion d'un locataire et d'un étranger³⁷⁸. Sans perdre de vue, au demeurant, que le contraste n'est pas toujours à sens unique³⁷⁹, et que les sujétions sont souvent mêlées aux "facilités"³⁸⁰.

En droit belge, le plus grand respect du droit privé doit être commun aux juges judiciaire et administratif, dès lors que le Conseil d'État n'est pas comme en France "une juridiction qui se

³⁷⁶ P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, pp. 406 et 407, fait état d'une "démurgie juridictionnelle" en droit administratif, en particulier dans la formulation et la précision de tout ce qui fait figure de notion-clé dans l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps, depuis l'existence de l'acte jusqu'à son caractère de décision créatrice de droits, en passant par son entrée en vigueur et sa rétroactivité. L'auteur n'en appelle pas moins à l'intervention législative pour éviter le hasard des recours et définir des règles générales de droit. L'application du droit commun constitue sur ce point une alternative, certes d'un faible secours pour l'objet traité par l'auteur, mais qui, en ce qui concerne l'exécution administrative, doit acquérir ses lettres de noblesse.

³⁷⁷ Également en France, en ce qui concerne la part de contentieux administratif dévolue aux juridictions civiles. Voy. not. J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, p. 822, en matière d'imposition. Comp. J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1912, sp. pp. 523 à 529 : les "modifications" apportées participent tantôt du législateur, tantôt de la jurisprudence, tantôt encore de la pratique administrative elle-même. En l'occurrence, il ne pourrait être dérogé au principe de l'exécution forcée directe (le privilège du préalable), selon l'auteur, que par un texte de loi exprès. Des procédures spéciales sont ainsi mises en place, multipliant souvent les garanties (p. 533), mais sans toujours requérir l'intervention du juge judiciaire. Rem. M. de BAUNY, *op. cit.*, *D.*, 1903, 3, sp. 41. L'auteur distingue clairement les "traditions monarchiques" où les pouvoirs pouvaient, à tort ou à raison, être considérés comme n'étant pas strictement déterminés par des textes, d'une part, avec, d'autre part, un régime qui a pour principe la souveraineté nationale, où les pouvoirs sont attribués par la Constitution ou des lois spéciales (sauf péril imminent ou acte de gouvernement). À défaut, l'on dérive vers une confusion des pouvoirs (42).

³⁷⁸ G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, p. 180.

³⁷⁹ Le "revers de la médaille", selon M.-A. FLAMME, *op. cit.*, T. I, 1989, n° 13, p(p). 31 (à 39). L'administration parfois "ligotée", à l'image d'une "servitude publique" (par opposition à la puissance publique), comme l'a soutenu en son temps J. RIVERO, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1953, p. 289 (du plus et du moins). La "contrepartie", selon F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 95. Car le privilège n'est pas "un cadeau des dieux" (A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, *R.W.*, 1961, col. 1749). Une "dialectique de l'individu et du pouvoir" (G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 13, p. 18). Les sujétions sont diverses : indemnités, formalités préalables telles la recherche obligatoire d'un accord amiable, les procédures d'avis, la motivation, etc.

³⁸⁰ La sujétion administrative est un thème en soi, souvent abordé au moment de traiter des privilèges. Voy. en droit français : F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, pp. 19 à 22; M. ROUSSET, *op. cit.*, 1960, p(p). 103 (et s.); G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, pp. 17 à 24, n° 13 à 17; F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, pp. 191 et 192; R.-G. SCHWARTZENBERG, *op. cit.*, 1969, p. 42; G. DUPUIS et M.-J. GUÉDON, *op. cit.*, 3^e éd., 1991, p. 69; J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 150, p. 211 (un "couple prérogative/sujétion"); G. PEISER, *op. cit.*, 16^e éd., 1993, p. 5; P. WEIL et D. POUYAUD, *op. cit.*, 16^e éd., 1994, p. 44 (et pp. 90 et 91); J.-M. de FORGES, *op. cit.*, 3^e éd., 1995, p. 92; G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, not. p. 180. En droit belge : A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, p. 5, n° 5 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, p. 5, n° 5; P. LEWALLE, *op. cit.*, 1997, n° 3, p. 21.

donne à elle-même une règle et détermine sa propre loi"³⁸¹. Le rôle important joué par le juge judiciaire en matière administrative permet de conclure à l'exigence d'une plus grande cohérence qu'en France entre les différentes jurisprudences. Aujourd'hui, cette cohérence est appelée à se manifester à travers le rôle dérogatoire de la force majeure ou de l'urgente nécessité par rapport au formalisme de la loi.

2. Une cohérence théorique et pratique

599. Le propos. La cohérence théorique et pratique annoncée contraste avec l'incohérence actuelle en doctrine, dénoncée tant sur le plan terminologique que théorique, en particulier eu égard à la transposition en droit belge du système français de l'exécution forcée administrative, et qui, en pratique, ne doit pas faciliter l'usage concret des privilèges.

La cohérence théorique tient à l'identification claire et précise d'un privilège unique et de ses sources (a). Elle permet une plus grande lisibilité en pratique. Elle permet aussi de comprendre et d'expliquer de manière plus rationnelle une série d'éléments qui font l'homogénéité d'un système. L'explication donnée à l'absence de formule exécutoire sur les actes administratifs susceptibles d'exécution forcée, conformément au privilège du préalable, fait partie de ces éléments (b).

a. L'identification des privilèges

600. En faveur du "privilège du préalable". Il est inutile de revenir sur la cohérence particulière des privilèges et du droit de l'exécution forcée dans son ensemble, qui comprend désormais l'exécution forcée administrative. Elle trouve sa source dans la définition même de la notion de "privilège", ainsi que dans le mariage heureux des droits privé et administratif de l'exécution. Ils ont permis une définition précise et légitime de deux privilèges, et l'identification d'un privilège unique en droit positif.

Quelques mots semblent par contre nécessaires concernant le nom donné à ce dernier. En fin de parcours, l'occasion est en effet donnée de compléter l'argumentation en faveur du privilège du préalable³⁸² même si, au fil du titre II, on s'est régulièrement compromis en utilisant la terminologie la plus répandue en France, à savoir celle de l'exécution d'office. L'unique souci a été l'authenticité et la volonté de ne pas brûler les étapes, c'est-à-dire en définitive de rester cohérent.

³⁸¹ J. CHARMONT, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1906, pp. 813 et 844. Il y va donc d'un véritable système à part où l'autorité administrative se donne à elle-même un titre exécutoire, et la juridiction du même nom ses propres règles. L'existence même de ce système peut étonner aujourd'hui. Mais il gagne en compréhension lorsque sont montrées ses racines, en particulier sous l'Empire lorsque le Conseil d'État, composé par Napoléon des "hommes les plus éclairés de France", lui permettait de prendre des mesures d'exception en considérant qu'une loi n'était pas nécessaire ... (p. 826).

³⁸² Voy. *supra*, n° 313 et s.

601. Un large écho en droit positif. Premièrement, et ce qui semble distinguer en partie le droit belge du droit français, un large écho a été réservé à l'expression dans ce sens, en jurisprudence³⁸³ et en doctrine³⁸⁴ belges, à la suite de C. CAMBIER. Il convient par conséquent d'en garder la mémoire. Un risque de confusion en droit administratif n'est pas créé par l'introduction d'une nouvelle expression, puisqu'elle ne l'est pas. La confusion ne saurait pas être plus grande qu'à l'heure actuelle. L'un des principaux objectifs de l'étude a précisément été de clarifier les privilèges.

À noter que l'expression s'est le plus répandue en matière pécuniaire, à défaut pour la doctrine de pouvoir y revendiquer un privilège de l'exécution d'office comme en matière non pécuniaire. Même en législation, l'expression n'est pas inconnue³⁸⁵.

³⁸³ La réceptivité du juge judiciaire est tout à fait particulière à cet égard. Le privilège du préalable est très souvent défini comme l'auto-délivrance du titre exécutoire. Voy. Cass., 3 novembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 990, thèse des demandeurs; Cass., 1^{er} décembre 1994, *Pas.*, I, 1994, 1028; *J.T.*, 1995, p. 281; *R.W.*, 1994-1995, p. 1228; *Arr. Cass.*, 1994, II, p. 1035 : "le privilège du préalable et de l'exécution forcée" est directement lié par la Cour à l'existence d'un titre exécutoire (même si la Cour cite en réalité les propos du défendeur pour répondre à l'argument des demandeurs invoquant sans détail l'absence du "privilège du préalable", de "l'action d'office" et d'un titre exécutoire ainsi que l'application, à défaut de dérogations légales, des articles 2, 1494 et 1539 du Code judiciaire en vertu du principe de spécialité). Voy. encore civ. Bruxelles (sais.), 25 mars 1999, *Justel* ("créer son titre exécutoire sans intervention extérieure"); Liège, 19 mai 1994, *J.T.*, 1995, p. 71 et *F.J.F.*, 1995, p. 367; civ. Bruxelles (sais.), 3 décembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 280, obs. G. de LEVAL ("le bénéfice de l'exécution provisoire"); civ. Namur (sais.), 4 juin 1993, *Rev. not.*, 1993, p. 376; *J.T.*, 1994, p. 128; *R.R.D.*, 1993, p. 327; *Cour. fisc.*, 1993, p. 549; *Journ. proc.*, 1993, p. 27; *J.L.M.B.*, 1994, p. 958; *F.J.F.*, 1993, p. 265 (part. réformé par Liège, 8 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 150; *Journ. proc.*, 1995, p. 28, note J.-P. BOURS et N. PIROTTE, "De quelques pouvoirs illimités du fisc (bis)"; *J.L.M.B.*, 1995, p. 16 et *F.J.F.*, 1995, p. 326) : "les privilèges du préalable ou de l'exécution forcée" liés au droit et au titre exécutoire fiscal; Mons, 11 octobre 1984, *Rev. not.*, 1985, p. 405, note J. SACE; *Rec. gén. enr. et not.*, 1985, p. 99, n° 23.156, s'inspirant de C. CAMBIER et suivi par N. PIROTTE, "Réflexions sur le contentieux suscité par la saisie fiscale simplifiée", *J.L.M.B.*, p. 961 (se crée à elle-même) : "l'enrôlement est une application concrète du privilège du préalable reconnu à la puissance publique qui lui permet de s'octroyer un titre exécutoire sans devoir recourir à justice (...); il est équivalent à un jugement civil de condamnation". *Add. civ. Namur*, req. un., 11 mai 1994, *Dr. Q. M.*, 1995, p. 54, note J. FIERENS : "agir par voie juridictionnelle plutôt qu'en vertu des privilèges du préalable et de l'exécution forcée". Reprennent véritablement la définition donnée par C. CAMBIER aux deux privilèges : trav. Charleroi, 18 septembre 1975, *Rev. dr. soc.*, 1976, p. 231, entièrement suivi par trav. Charleroi, 3 février 1977, *Rev. dr. soc.*, 1977, p. 434, ici pp. 435 et 436 (en assimilant CAMBIER à DEMBOUR, et en étayant de manière difficilement compréhensible leur existence en matière sociale à partir de textes de droit fiscal); C.T. Mons, 13 février 1981, *R.G.* n° 3.713, inédit, suivi par civ. Huy (sais.), 22 novembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 720, dans les deux cas très impl.; C.T. Mons, 8 septembre 1994, *Justel*; C.T. Liège, 22 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 332, obs., mentionnant de manière étonnante DEMBOUR à côté de CAMBIER et relevant par contre "les confusions (...) dans les analyses soumises à la cour relativement aux privilèges" puisqu'au lieu d'agir par contrainte, l'O.N.S.S. a choisi la voie judiciaire (la partie appelante se prévalait quant à elle du "principe du privilège du préalable ou privilège de la décision exécutoire", du pouvoir d'agir d'office); C.T. Mons, 27 mai 1998, *Justel* : l'obtention d'un titre exécutoire à défaut du privilège du préalable et du privilège de l'exécution forcée.

³⁸⁴ Outre G. de LEVAL, de nombreux auteurs ont suivi la distinction entre le titre exécutoire et la dispense de conditions supplémentaires. Ils ont été cités au fil de la recherche. Certains sont rappelés dans les notes qui suivent. *Add. B. HAUBERT*, *in op. cit.*, 1990, pp. 68 et 69.

³⁸⁵ Pour l'anecdote, et le passé, les demandes judiciaires devaient parfois être préalablement soumises à l'autorité administrative, ce que le législateur français avait qualifié "le préalable" en matière d'impôts. Le préalable peut donc être spécifique, sans nécessairement constituer un privilège. Sur ce préalable déterminé, voy. de CORMENIN, *op. cit.*, 1834, pp. 131 et 132; E.-V. FOUCAUT, *op. cit.*, 4^e éd., T. II, 1855, n° 959, pp. 477. Il procédait de l'article 4 de la loi du 12 novembre 1808. Il consistait dans l'obligation dans le chef de l'une des parties intéressées à soumettre à l'autorité administrative, avant de la porter devant les tribunaux ordinaires, toute

À vrai dire, la distinction proposée par C. CAMBIER n'était pas tout à fait neuve³⁸⁶. De tout temps, des auteurs se sont plu à distinguer le titre exécutoire de la manière (directe, immédiate, d'office) de l'exécuter³⁸⁷, mais avec moins d'audace, sans autre précision et sans vraiment comparer, surtout, avec le droit commun.

Aussi, en pratique, il n'est pas toujours facile de mesurer la différence entre les deux "principes"^{388 389}. L'absence d'intervention du juge est d'ailleurs souvent répétée concernant l'exécution (d'office), en dépit du titre exécutoire auto-délivré (le préalable)³⁹⁰.

demande en revendication par un tiers de tout ou partie de meubles et autres effets mobiliers saisis pour le paiement des contributions. Les motifs de la loi sont intéressants. Relatés par de CORMENIN (p. 132), ils indiquent que le préalable était exigé pour que l'administration puisse apprécier la justice des réclamations et y faire droit, sans recourir aux tribunaux.

³⁸⁶ Voy. *supra*, n° 320, sp. note 1007.

³⁸⁷ Rem. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 20, p. 759, résumant la conception classique des deux privilèges, c'est-à-dire du caractère exécutoire des décisions unilatérales des autorités administratives, en distinguant précisément les deux éléments suivants : "elles ont la force exécutoire, c'est-à-dire servent de titre à l'exécution forcée ; - l'administration a le droit de procéder à cette exécution, donc de mettre cette "force" en œuvre : par des voies et moyens ne dépendant que d'elle, purement administratifs - ce qui implique, à la rigueur, que rien ni personne ne peut l'en empêcher ni l'arrêter"; NGUYEN-VAN-BONG, *op. cit.*, 1960, p. 32, relatant deux principes caractéristiques du droit administratif français, à savoir "le "privilège du préalable" qui dispense l'administration de s'adresser à un juge pour réaliser ses droits et le "privilège de l'exécution d'office" qui permet aux autorités administratives d'exécuter elles-mêmes et par la force ses propres décisions", soit la réalisation de ses droits "directement et immédiatement"; M. WALINE, *op. cit.*, 9^e éd., T. I, 1963, n° 724, p. 438 : le privilège de se délivrer à elle-même un titre exécutoire, et de l'exécuter même, dans certains cas, d'office". Add. J. MOREAU, *op. cit.*, 1989, n° 157, p. 220 : l'auteur distingue le titre exécutoire (que l'administration aurait déjà en vertu du privilège du préalable) et l'autorisation d'utiliser effectivement la force publique. Rem. C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1) et la différence entre exécuter elle-même et décider elle-même de l'exécution.

³⁸⁸ Voy. par exemple A. BUTTGEBACH, *op. cit.*, 3^e éd., 1966, n° 377, p. 345, ad : "La décision étant exécutoire (par elle-même), l'administration va pouvoir (...) passer directement à son exécution par la contrainte; le privilège du préalable entraîne celui de l'exécution d'office". Il faut dire que la différence est plus visible en matière pécuniaire où le Code judiciaire permet de distinguer le titre exécutoire des caractères certain, liquide et exigible (notamment). Combiner les articles 1386, (1414 et) 1415 et 1494 du Code judiciaire. D'où la comparaison croisée initiée par C. CAMBIER et G. de LEVAL.

³⁸⁹ Rem. aussi J. VELAERS, *op. cit.*, 1999, pp. 117 à 119, 13 G 11 et 12, affirmant la relativisation du privilège du préalable par plusieurs avis de la section de législation du Conseil d'État, la remarque valant plus particulièrement pour l'avis relaté dans le n° 12 puisqu'il la contient également. Or, l'extrait cité de l'avis n'affecte pas vraiment le privilège du préalable, mais plutôt l'exécution d'office, étant ainsi sous-entendu que le privilège du préalable emporte l'exécution forcée d'office ?

³⁹⁰ Ainsi, la doctrine n'est pas toujours cohérente dans la distinction des deux privilèges, surtout en ce qui concerne la portée du titre exécutoire. Rem. sp. G. BRAIBANT et B. STIRN, *op. cit.*, 4^e éd., 1997, pp. 179 et 188, et l'auto-délivrance d'un titre exécutoire en vertu du privilège du préalable et l'exécution forcée ou d'office - sans la distinguer de l'exécution forcée classique - dont on précise qu'elle ne serait qu'une voie subsidiaire, en particulier par rapport à la voie pénale ... Le cas échéant, il n'y a donc pas un titre exécutoire, en réalité. L'intervention du juge est de manière abusive le critère des deux privilèges. P. 180 : l'administration s'étant délivré un titre, elle pourra passer à l'exécution bien qu'il y ait une contestation devant le juge. Précisément pas si seul le privilège du préalable est attribué. En droit belge, J.-F. FUNCK appelle les privilèges dits du préalable et de l'exécution forcée le fait que, contrairement aux personnes privées, l'autorité publique peut se délivrer à elle-même un titre exécutoire et procéder à son exécution effective (*op. cit.*, J.L.M.B., 1996, p. 10, n° 4).

Les deux éléments sont même parfois rassemblés sous le même privilège (le plus souvent de l'exécution d'office³⁹¹, le privilège du préalable étant alors imparti à l'action unilatérale, l'absence d'effet suspensif et/ou la présomption de légalité)³⁹².

Bref, la doctrine dans son ensemble était plutôt favorable à l'impair. Il confirme néanmoins l'existence d'un seul privilège et libère de tout scrupule à préférer l'expression "privilège du préalable" pour le désigner.

602. L'exécution d'office en droit privé. Un deuxième argument en faveur du privilège du préalable peut être trouvé en droit privé - mais aussi en législation administrative³⁹³ - où il semble que l'expression "exécution d'office" soit davantage utilisée pour désigner une forme particulière d'exécution forcée, à savoir le remplacement ou l'exécution par substitution

³⁹¹ Voy. ainsi C.E., s.a. Publicité Gilquin, n° 32.754, 14 juin 1989, R.A.C.E., 1989, sp; R.A.J.B., 1989, p. 50; R.R.D., 1989, p. 388 et note P. NIHOUL, "Les règlements communaux en matière de publicité et d'affichage", pp. 395 à 406; A.P.M., 1989, pp. 92 et 93; Amén., 1990, p. 23; Mouv. comm., 1990, p. 318 : le privilège de l'exécution d'office consiste dans le "droit de faire enlever d'office tout ce qui est placé de manière illicite sur le domaine public dont elle a la gestion", définition soufflée par un règlement communal disposant que "Tout dispositif publicitaire placé sans permission ou permis préalable du collège des bourgmestre et échevins sera enlevé d'office par les services communaux aux frais du propriétaire du dispositif et ce sans aucune autre forme de procédure" (idr). Rem. cependant M.-C. FOLETS et F. BERNARD, "L'aide sociale aux étrangers en séjour illégal : la saga de l'ordre "définitif" de quitter le territoire de l'article 57, § 2 de la loi organique sur les centres publics d'aide sociale du 8 juillet 1976", R. Cass., 1996, p. 292, note 23, de manière ambiguë compte tenu du caractère exécutoire par la force de l'ordre de quitter le territoire, parlent du caractère exécutoire qui s'attache à tout acte administratif en vertu du principe dit du privilège du préalable, sous réserve d'un contrôle ultérieur conformément aux exigences de l'état de droit; add. "l'exécution d'office" à défaut d'empêchement légal ou juridique in M. DUMONT, "Les frontières de l'aide sociale ou les limites de la solidarité à l'égard des candidats-réfugiés (suite)", obs. sous C. Trav. Bruxelles, 15 février 1996, R.R.D., 1996, p. 331, ici p. 333, apparemment selon l'avis motivé du ministère public.

³⁹² Rem. C.A. (Q.P.), n° 57/92, 14 juillet 1992, M.B., 20 octobre 1992, p. 22.437, B. 14; Rec., 1992, p. 615; J.T., 1993, p. 67 et obs. D. LAGASSE; Rev. not. b., 1993, p. 20 et note B. RENAULT, "Les compétences alternées du Conseil d'État et du juge de paix en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique"; C.A. (Q.P.), n° 80/92, 23 décembre 1992, M.B., 19 janvier 1993, p. 836, B. 11; Rec., 1992, p. 869; C.A. (Q.P.), n° 75/93, 27 octobre 1993, M.B., 8 janvier 1994, p. 432, B. 11; Rec., 1993, p. 853; J.L.M.B., 1994, 154 (n'est pas discriminatoire la garantie supplémentaire donnée à l'exécution de l'arrêt d'annulation du Conseil d'État, resp. B. 15, B. 12 et B. 12); F. DELPÉRIE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, 1996, n° 114, p. 125 (rapp. *supra*, n° 463, note 600) : la dérogation au privilège du préalable est directement liée au contrôle juridictionnel auquel l'expropriation est subordonnée, le juge de paix pouvant refuser de "rendre exécutoire" un arrêté d'expropriation illégal. La Cour n'est toutefois pas suffisamment rigoureuse car elle indique que le législateur, dans la matière, ne s'en tient pas à "ce que l'on appelle" le privilège du préalable, en relevant que le législateur a subordonné l'expropriation à un contrôle juridictionnel "de telle sorte que le propriétaire et les tiers intéressés, d'une part, les tiers ordinaires, de l'autre, disposent chacun d'une procédure rapide qui leur permet de résister à une expropriation irrégulière". Or, la suspension devant le Conseil d'État (uniquement disponible au tiers ordinaire entre la citation et le jugement) ne subordonne en rien l'expropriation audit contrôle puisque ce dernier repose, quant à lui, sur une base volontaire. L'espèce permet de bien distinguer la nature différente de l'intervention du juge (différent) dans les deux cas. Seule l'intervention du juge judiciaire est réellement dérogatoire au privilège.

³⁹³ Dans ce sens : de nombreux textes légaux; S.L.C.E., 7 décembre 1992 et 21 juin 1993, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1992-1993, n° A-275/1, resp. p. 59 et p. 84 (ainsi qu'exposé des motifs, pp. 7 et 22); S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 14; C.A., n° 58/94, 14 juillet 1994, J.T., 1994, p. 103; Amén., 1994, p. 262 et obs. X. THUNIS; Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578, le texte appliqué organisant l'exécution d'office.

d'obligations non pécuniaires et non personnelles, éventuellement assuré par la force. La preuve en est l'ajout du qualificatif unilatéral lorsque cette exécution a lieu sans l'accord du débiteur, mais aussi sans l'autorisation préalable du juge.

Or, dans la plupart des cas, cette "simple exécution d'office" est autorisée par le juge. Elle ne permet en effet pas d'éviter purement et simplement le juge avant l'exécution forcée. Elle autorise seulement le créancier victorieux à ne *plus* saisir à nouveau le juge avant de se substituer au débiteur défaillant, lorsque celui-ci n'obtempère pas aux injonctions judiciaires dans un délai fixé³⁹⁴.

En conséquence, il convient d'éviter l'expression pour désigner la dispense de l'autorisation du juge préalable à l'exécution forcée. Elle présente un risque de confusion et de double emploi. Elle est surtout inadéquate dans le cadre d'une relecture du droit administratif dont un des arguments forts est la cohérence latente avec le droit commun.

603. L'exécution d'office dans le futur. Troisième argument. Il faut certes tirer les conséquences de la déception suscitée par la vérification concrète d'un privilège spécifique de l'exécution d'office tant annoncé. Il n'a manifestement pas été à la hauteur de sa réputation en droit administratif. L'inexistence d'un privilège ne doit toutefois pas nécessairement se solder par la modification de son contenu. Le constat vaut uniquement dans l'état actuel du droit positif. Et il faut bien reconnaître que c'est en dépit d'une législation spécifique en matière d'exécution forcée non pécuniaire, en droit commun, qu'un privilège n'a pas pu être identifié à l'endroit d'éventuelles conditions supplémentaires au titre exécutoire.

Or, d'une part, le droit positif peut être modifié. À l'avenir, au besoin, un privilège de l'exécution d'office peut apparaître en législation³⁹⁵. Surtout si le législateur décidait un jour de légiférer l'exécution forcée des obligations non pécuniaires en droit commun. Dans ce scénario vraisemblable et souhaité, le privilège de l'exécution d'office (au sens où on l'a défini) conserverait toute sa pertinence théorique. En conséquence, l'expression doit être réservée.

D'autre part, à l'heure actuelle, le privilège de l'exécution d'office n'est pas vraiment inexistant. Il est surtout incertain, car il dépend du contenu variable des décisions judiciaires pour fonder une comparaison en pratique impossible, de même que du contenu tout aussi variable des réglementations particulières et des actes administratifs individuels qui, chaque fois qu'ils comportent une formalité, sont susceptibles de se distinguer "en faveur" comme "en défaveur" de l'autorité administrative concernée.

³⁹⁴ À vrai dire, la cohérence n'est pas non plus toujours parfaite en législation sur ce point. Comp. ainsi, à quelques articles d'intervalle, les articles 187 et 190 de l'ordonnance organique bruxelloise de la planification et de l'urbanisme du 29 août 1991 ("pouvoir d'office à l'exécution" dans les deux cas).

³⁹⁵ Rem. en matière pécuniaire la saisie-arrest conservatoire simplifiée, déjà mentionnée (*supra*, n° 556, note 259 et n° 589), relevée par R. FORESTINI, "La légalité de la retenue du crédit d'impôt par l'administration de la T.V.A.", obs. crit. sous Liège, 26 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 533. Comp. également la saisie-arrest en forme simplifiée à l'égard de tiers, plutôt interprétée *supra* comme une mesure de sûreté (n° 553, note 239 et n° 556, note 260) et d'ailleurs sanctionnée par la Cour d'arbitrage (n° 589, note 342). À les considérer comme des privilèges de l'exécution d'office, ils sont propres au domaine pécuniaire, ce qui déjoue tous les pronostics que l'on pouvait faire au début de l'étude.

Dans ce contexte, toute comparaison est ponctuelle. Le privilège de l'exécution d'office procède de l'acte juridique - des actes juridiques -. Il en est fonction. À ce titre, et compte tenu de l'absence de réglementation en matière non pécuniaire, il est de la sorte inclus dans le privilège du préalable.

604. L'exécution d'office initiale. Quatrième argument. À la raison précédente de conserver la distinction s'en ajoute une fort simple, dont il a déjà été fait état à la fin du titre précédent³⁹⁶. L'expression "privilège de l'exécution d'office" est nettement moins adéquate que celle de "privilège du préalable" pour désigner le privilège identifié³⁹⁷.

L'histoire en témoigne directement, à travers l'ancêtre commun qu'est le privilège de l'exécution préalable³⁹⁸, mais aussi à travers le premier sens qui semblait avoir été réservé à l'exécution d'office par ROMIEU³⁹⁹ : l'hypothèse précise, au sein de l'exécution forcée administrative, dans laquelle l'exécution forcée procède de l'imperfection de la loi, c'est-à-dire, en définitive, "alors même qu'" aucune loi ne le permet ni ne prévoit un autre moyen d'exécution et à défaut d'urgence.

En toute hypothèse, l'expression est trop forte, on l'a déjà évoqué. Mais de nouveaux éléments permettent de l'étayer davantage : la mise en demeure, la résistance et le délai d'exécution ne collent pas vraiment avec l'idée d'exécution immédiate, même si l'administration peut éventuellement se passer de l'intervention de l'huissier, mais pas des forces de l'ordre.

b. La formule exécutoire

605. Confirmations. D'un point de vue plus pratique, mais intimement mêlé à la théorie, on voudrait attirer l'attention sur une chimère du droit administratif suscitée par la désincarnation

³⁹⁶ Voy. *supra*, n° 313 et s.

³⁹⁷ Rem. C. CAMBIER et le "préalable prononcé d'un décret de justice" : "Au-delà et en deçà de la juridiction", in *Mélanges Jean Dabin*, op. cit., T. II, 1963, p. 456; E. PUTMAN et le titre exécutoire "condition préalable" à l'exécution : "La contrainte dans le droit de l'exécution", *R.R.J.*, 1994, p. 341. Un nouvel exemple en jurisprudence est tout à fait intéressant à cet égard. In S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 14, le conseil collatéral est d'avis que "La disposition en projet vise à accorder au ministre le pouvoir de permettre, par dérogation à la règle générale, l'exécution d'office de la mesure qu'il a prise. Le ministre ne devra donc pas s'adresser préalablement au juge pour pouvoir exercer la contrainte" (idr). Comp. S.L.C.E., 7 décembre 1992, *doc. parl.*, C.R.B.C., s.o. 1992-1993, n° A-275/1, p. 59. *Add. av. gén.* F. DUMON, note 1 à 3 sous Cass., 16 janvier 1967 (deux espèces), *Pas.*, 1967, I, 578, pourtant sur base de WIGNY, MAST et BUTTGEBACH : "L'administration, rencontrant une résistance, ne doit pas toujours obtenir d'un juge un titre exécutoire. Elle peut passer immédiatement à l'exécution. C'est le privilège de l'exécution d'office".

³⁹⁸ Il s'agit donc d'une sorte de retour aux sources pour le privilège du préalable. Rapp. L. DUGUIT, op. cit., *R.D.P.*, 1906, p. 424 : le bénéfice de l'exécution préalable, ce que M. HAURIOU appelle le privilège du préalable. L'administration peut elle-même et sans le concours de personne assurer par la force la réalisation de son droit.

³⁹⁹ La rencontre du privilège doctrinal (formulé par M. HAURIOU) et de l'exécution d'office conçue par ROMIEU procède d'une interférence, on l'a vu, qui n'a pas facilité la clarté en théorie (n° 173 et s.).

par rapport au droit commun. Il s'agit de l'explication donnée à l'absence de formule exécutoire apposée sur l'acte administratif lorsqu'il est susceptible de donner lieu à exécution forcée d'une obligation qu'il contient⁴⁰⁰.

La formule exécutoire concerne surtout le privilège du préalable, puisqu'elle est apposée sur le titre exécutoire et que, légalement (en droit commun), elle en conditionne l'efficacité.

Il a déjà été indiqué dans la section 2 que la sujétion au droit commun ne pose aucune difficulté en ce qui concerne la formule, en dépit de l'article 1386 du Code judiciaire⁴⁰¹. Au terme de cet article, pourtant, nul jugement ni acte ne peuvent être mis à exécution que sur production de l'expédition ou de la minute revêtue de la formule exécutoire déterminée par le Roi. Certes, en droit privé, à défaut de formule exécutoire sur l'acte considéré, l'huissier refusera d'exécuter et la force publique ne sera pas mise en branle. Mais l'article 1386 est avant tout une disposition légale et, comme telle, elle est susceptible de dérogation.

À défaut de dérogation, l'acte administratif est donc *a priori* visé par l'article 1386⁴⁰².

400 Rem. G.L.J. CARRÉ, *op. cit.*, 1841, question 1894, p. 327. L'auteur s'est expressément interrogé sur la question, surtout à propos de la contrainte, à partir de l'article 545 de l'ancien Code de procédure civile : "Les actes notariés et les jugements sont-ils les seuls qui ne puissent être mis à exécution qu'en vertu de la formule exécutoire ?" -, en commençant par faire le constat qu'au terme de la disposition, les arrêtés et actes administratifs semblent devoir être revêtus de la formule exécutoire.

401 Voy. *supra*, n° 538.

402 L'article 1386 du Code judiciaire réfère à tout acte ("Les actes et jugements (...)") indique le Commissaire royal à la réforme, Rapport, *Pas.*, 1967, p. 495), de même d'ailleurs que la formule exécutoire elle-même : elle concerne les "actes emportant exécution parée" (expression constante depuis 1830, sous le gouvernement provisoire, la formule déterminée par simple arrêté royal étant adaptée pour chaque règne, mais aussi en période d'inter-règne sous la formule "au nom du peuple belge", par voie d'un arrêté des ministres réunis en conseil) ("tous actes" dans l'arrêté royal du 23 décembre 1909 et les deux arrêtés-lois du gouvernement de Londres des 28 mai 1940 et 23 août 1940). Dernièrement, l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 9 août 1993 (pris "vu l'urgence") conçoit ainsi la formule de "tous actes emportant exécution parée" (l'expression revêt une portée générale qui clôture l'énumération des arrêtés et jugements des cours et tribunaux, des ordonnances et mandats de justice) : "Nous, Albert, Roi des Belges. À tous présents et à venir, faisons savoir : mandons et ordonnons à tous huissiers de justice à ce requis de mettre le présent arrêt, jugement, ordonnance, mandat ou acte à exécution, à nos procureurs généraux et à nos procureurs du Roi près les tribunaux de première instance d'y tenir la main et à tous commandants et officiers de la force publique d'y prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis ...". La formule est personnelle. Le commandement émane du Roi et l'acte en est revêtu en Son nom.

Sur le plan terminologique, il peut être précisé que les actes visés par l'arrêté royal sont renseignés dans l'intitulé comme "comportant" exécution parée alors que le texte indique qu'ils "emportent" exécution parée. La nouvelle expression est utilisée en intitulé depuis l'arrêté royal du 27 mai 1971 cité ci-après. Auparavant, seule la première expression était utilisée à la fois dans l'intitulé et dans le texte des arrêtés. Selon E. DE FAYS, il eût été plus exact d'utiliser la formule actes "susceptibles de recevoir le bénéfice de l'exécution parée" plutôt que celle "actes emportant exécution parée", étant donné que tous les actes ne sont pas susceptibles de recevoir l'exécution parée (*op. cit.*, *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, n° 13, p. 355). L'auteur préfère également au titre exécutoire l'expression "titre susceptible d'exécution" parce que seul le greffier, fonctionnaire public désigné par le Roi, délivre l'exécutoire, y compris en ce qui concerne les jugements et arrêtés qui, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 40 de la Constitution, sont exécutés au nom du Roi.

De tout temps, l'exécution des jugements et actes est poursuivie au nom de la puissance publique, même si elle a connu quelques variations de forme et de nom. Ainsi, comme le relève G.L.J. CARRÉ, on a pu lire à travers le temps : "Napoléon, par la grâce de Dieu et les constitutions de l'empire (...)"; "Louis, par la grâce de Dieu, roi de France et de Navarre, à tous ceux que ces présentes verront, salut"; "Louis-Philippe, roi des Français, à tous présents et à venir, salut (...)") (*op. cit.*, 1841, T. IV, question n° 1893, p. 326). La formule est d'inspiration

L'acte administratif n'est d'ailleurs pas exclu de la formule elle-même, adoptée en application de l'article 1386 du Code judiciaire⁴⁰³, par "simple" arrêté royal⁴⁰⁴.

L'article 1386 du Code judiciaire confirme ainsi le principe selon lequel "Nul ne peut se faire justice à soi-même". Il atteste la nécessité d'une loi pour permettre l'exécution forcée d'une obligation administrative sans avoir obtenu l'autorisation préalable du juge, c'est-à-dire sans avoir obtenu une décision judiciaire nantie de la formule exécutoire.

En présence d'une dérogation, l'exécution forcée de l'acte⁴⁰⁵ administratif est en revanche concevable en dépit du fait qu'il soit dépourvu de formule exécutoire. L'article 2 du Code judiciaire permet en effet d'interpréter les lois administratives avec toute la souplesse nécessaire. Il n'est pas requis de dispenser expressément de la formule exécutoire à chaque fois. La dérogation est implicite en règle générale.

française. Elle est d'ailleurs contenue dans la constitution française de 1791 en des termes analogues : "mandons et ordonnons à tous huissiers sur ce requis, de mettre ledit jugement à exécution, à nos commissaires auprès des tribunaux d'y tenir la main, et à tous officiers et commandants de la force publique d'y prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis" (C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 56, n° 2).

403 Il faut toutefois bien préciser que l'habitude d'indiquer expressément en préambule des arrêtés successifs qu'il est fait application de l'article 1386 du Code judiciaire a seulement été prise en 1971 (de l'article 545 du Code de procédure civile avant 1967, ce qui n'a jamais eu lieu, et pour cause). En revanche, tous les arrêtés sont pris en exécution de la Constitution, mais tous n'invoquent pas le même article. Deux articles retiennent l'attention : l'article 30, alinéa 2 ancien de la Constitution, qui est seulement excipé depuis 1950 ("Les arrêtés et jugements sont exécutés au nom du Roi"), et est devenu l'article 40, alinéa 2 nouveau de la Constitution, et l'article 67 ancien de la Constitution, argué de 1865 à 1934 ("Il - le Roi - fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution"), devenu l'article 108 nouveau de la Constitution. Le remplacement du fondement constitutionnel a été initié par la section de législation du Conseil d'État (avis L.1378/1/V du 11 août 1950 rendu sur un projet d'arrêté royal "concernant la formule exécutoire des arrêtés, jugements, ordonnances, mandats de justice ou actes emportant exécution parée"). L'avis ne contient malheureusement aucune indication particulière concernant le champ d'application de l'arrêté, apparemment cantonné aux arrêtés et jugements. Or, le champ d'application de la formule est plus large que dans l'article 40, alinéa 2 de la Constitution. Cela ne pose toutefois pas un problème en soi, car en règle les actes administratifs sont implicitement dispensés de formule par la loi et l'article 25 de la loi de ventôse se réfère à la forme exécutoire des jugements. Il eût toutefois été plus logique de mentionner les deux bases constitutionnelles, et en toute hypothèse de mentionner l'article 545 du Code de procédure civile dès 1950, au lieu d'attendre 1971. La section de législation du Conseil d'État existait déjà à l'époque. Pour le reste, les autres articles de la Constitution parfois cités en préambule tiennent aux situations particulières dans lesquelles ils ont été pris : l'arrêté du 1^{er} octobre 1830 concernant l'administration de la justice est cité par l'arrêté du gouvernement provisoire du 8 octobre 1830; l'article 79 ancien (90 nouveau) de la Constitution, en sus de l'article 67, lorsque l'arrêté est pris par les ministres réunis en conseil à la mort d'un Roi; les articles 82, 26 (et 127, alinéa 1^{er} dans le second cas) anciens (93, 36 et 192, alinéa 1^{er} nouveaux) de la Constitution en ce qui concerne les arrêtés-lois de Londres. À noter que l'arrêté royal du 22 juillet 1831 ne mentionne aucune base constitutionnelle dans la version publiée par la *Pasinomie*, 1831, p. 2.

Rem. cependant que le troisième paragraphe du texte même de la formule précise le plus souvent que l'acte en général doit être "scellé du sceau de la cour, du tribunal ou du notaire", sans référence à une autorité administrative. L'arrêté du gouvernement provisoire du 8 octobre 1830 est aussi particulièrement intéressant. Son intitulé et le morceau de l'article 1^{er} qui précède la formule évoquent singulièrement les "autres actes de justice" concernés. Mais la formule stipule qu'en plus des arrêtés, jugements, ordonnances et mandats, les "actes publics" seront terminés ainsi qu'il suit. Le sceau précisé est celui de la cour ou du tribunal, sans plus, mais le sceau portera provisoirement les mots Cour supérieure de justice de ..., Tribunal de ... Notaire à ...

404 Rem. toutefois l'article 44 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, évoqué *supra*, n° 544.

405 L'article 1386 du Code judiciaire lui-même emprunte le raccourci.

606. Le bien-fondé de l'interprétation conciliante. Une telle interprétation des textes ne les sollicite pas autant que pourraient le croire, à première vue, les administrativistes les plus convaincus. Il peut même être soutenu que, dans d'autres matières, elle reçoit une consécration en jurisprudence et en législation.

En jurisprudence, la Cour de cassation estime en effet que la formule exécutoire est étrangère aux mandats d'arrêt précisément en vertu des règles spécifiques du Code d'instruction criminelle qui organisent leur exécution à l'intervention du procureur du Roi. Selon la Cour, il s'agit en effet d'ordonnances rendues par le juge d'instruction au sens de l'article 28 dudit Code⁴⁰⁶.

En législation, outre la disposition précitée, il arrive aussi que le Code judiciaire permette l'exécutoire de décisions sans formule. L'article 1041, alinéa 2 du Code judiciaire, en particulier, dispose que le juge des référés ou la cour peuvent ordonner l'exécution de l'ordonnance ou de l'arrêt sur la minute.

607. Une interprétation différente en doctrine administrative. Jusqu'à aujourd'hui, pourtant, l'explication donnée à l'absence de formule exécutoire sur les actes administratifs exécutoires est toute différente en doctrine administrative. En règle, le lien avec le droit commun n'est pas envisagé.

De la sorte, la plupart des administrativistes nient en réalité la conception d'un système légal cohérent. Il est d'ailleurs extrêmement révélateur, à cet égard, qu'ils n'ont pas eu d'autre choix que de chercher l'explication du "phénomène" dans la nature des choses. Succomber à cette facilité revenait à plonger dans un écueil inextricable. Car comment expliquer, à défaut d'un signe clair comme la formule exécutoire, que certains actes administratifs sont exécutoires par la force et d'autres pas ?

Est ainsi née ou confortée l'illusion "iusnaturaliste" du privilège général de l'exécution forcée⁴⁰⁷. L'acte administratif serait exécutoire parce qu'il émane du pouvoir exécutif. Mais comme, par définition, les actes administratifs émanent de ce pouvoir, il est tentant de conclure qu'ils sont tous exécutoires. La difficulté peut paraître insurmontable comparée à la réponse très simple et très logique tirée de la sujétion de principe au droit commun, à défaut d'une dérogation légale. G. RENARD avait bien pressenti que c'est du côté de la procédure civile qu'il faut "chercher la solution à certaines énigmes"⁴⁰⁸.

608. Une conception iusnaturaliste. Dans ce contexte, la question de la formule exécutoire n'a jamais été véritablement affrontée en doctrine. Les auteurs se sont limités à des constats génériques et péremptoirs. Ils ont simplement décrit cette différence entre l'acte

⁴⁰⁶ Dans ce sens : Cass., 20 mars 1996, *Bull.*, 1996, 245; Cass., 22 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 739.

⁴⁰⁷ Sur la difficulté d'attribuer un caractère normatif à la nature des choses, liée aux principes généraux du droit, voy. M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, pp. 126 à 132, n° 93 à 95 : "l'évidence n'a pas la même force pour tous".

⁴⁰⁸ G. RENARD, in *Recueil d'études ... Gény*, *op. cit.*, T. III, 1935, p. 83.

administratif et les actes judiciaires ou privés⁴⁰⁹. Implicitement, le constat est devenu une affirmation. La porte s'est ouverte sur une explication naturaliste de l'exécutoire administratif. Mais aussi sur la généralisation abusive d'une prétendue vertu exécutoire intimement liée à la théorie du ministre-juge et à la distinction purement théorique (mais aussi jurisprudentielle ...) entre des actes de différentes natures (contentieuse, économique, administrative).

On peut ainsi lire chez des auteurs de grand renom⁴¹⁰ que l'acte administratif comporte ces effets "indépendamment de toute formule"⁴¹¹, par lui-même⁴¹², "par sa seule vertu"⁴¹³, "en tant que tel"⁴¹⁴, par nature⁴¹⁵ 416, par "une qualité qui s'attache directement à ces actes"⁴¹⁷, ou

⁴⁰⁹ C'est-à-dire les jugements, les arrêts, les ordonnances et les mandats de justice ainsi que les actes notariés ou les actes ayant servi de base à une décision judiciaire leur conférant le *pareatis*. Mais pas les actes législatifs à travers la promulgation, comme il est parfois donné de lire, car la force exécutoire renforcée n'est pas concernée par la promulgation. Une formule est bien apposée pour attester l'accomplissement de la sanction et de la promulgation royales. Mais elle n'est pas comparable à une formule exécutoire (loi du 31 mai 1961, article 3) : "Promulguons la présente loi, ordonnons qu'elle soit revêtue du sceau de l'État et publiée par le Moniteur belge". La force exécutoire de la loi est néanmoins stigmatisée en droit constitutionnel à l'image du droit judiciaire. La loi exécutoire "oblige les agents de l'autorité et de la force publiques, légalement requis, à prêter leur assistance pour assurer l'exécution de ces dispositions" (F. DELPÉRIE, *op. cit.*, T. II, 2, 1988, p. 351, n° 519). Mais encore faut-il qu'ils soient légalement requis, c'est-à-dire selon la loi commune, à défaut de dispositions contraires ou particulières ...

⁴¹⁰ Comp. R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 314 : l'auteur voit dans l'absence de formule exécutoire l'explication du défaut de caractère exécutoire de manière forcée. Mais il ne va pas plus loin.

⁴¹¹ A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, p. 244; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", p. 16, n° 3. Add. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 162, même si les auteurs limitent ensuite les actes administratifs concernés; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475, note 2061. Voy. encore A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 7, p. 7 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 7, p. 7 (rem. que le revêtement erroné des décisions de l'administration par la formule exécutoire figurait dans la version du précis de MAST de 1966, n° 7, p. 6 !): les décisions de l'administration et des juridictions administratives peuvent se passer de formule exécutoire. Trois remarques. D'abord, le Conseil d'État doit être excepté. Ensuite, la mention figure étonnamment sous la force obligatoire de l'acte et l'on ne comprend pas en quoi la création unilatérale d'obligations explique l'absence de formule exécutoire. Finalement, note 8, les auteurs mentionnent certaines décisions administratives pouvant être revêtues de la formule exécutoire par l'administration au terme de la loi (commentées *infra*, n° 612). Comp. W. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, *op. cit.*, T.P.R., 1987, p. 1735, 2.5.2.2., se fondant exclusivement sur A. MAST et crts, et repris en distinguant les privilèges plus clairement in Gent, 19 avril 1994, R.W., 1995-96, p. 115 (forces obligatoire et exécutoire). Rem. en droit français *Rép. Dalloz*, T. I, 1955, "Exécution des actes et des jugements", p. 938, n° 11; F. MODERNE, *op. cit.*, T. II.1, 1960, p. 62 : l'exécution "sans recourir à la traditionnelle formule exécutoire délivrée par le juge" (et comp. p. 60 : le juge contrôlant après coup ajoute la forme exécutoire à l'acte déjà obligatoire).

⁴¹² C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 162; J.-H.-N. DE FOOZ, *op. cit.*, T. I, 1859, p. 370 et note 1 (en présence d'une loi ?); A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, pp. 244 et 245 (sauf les actes d'administration économique) et du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", pp. 16 à 18, n° 3 à 6 (sans réserve) (et sp. *idem* et p. 17, n° 5 : la formule "n'ajouterait rien" à l'autorité des actes d'administration contentieuse); G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475, note 2061; L.P. SUETENS, in *op. cit.*, 1997, n° 8, p. 396 (*per se*). En droit français : P. DUEZ et G. DEBEYRE, *op. cit.*, 1952, n° 1197, p. 871.

⁴¹³ R. DRAGO, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *op. cit.*, T. XVIII, 1969, p. 314.

⁴¹⁴ C. SIRAT, *op. cit.*, J.C.P., 1958, I, 1440 (p. 1) : exécutoire "en tant que tel".

⁴¹⁵ G.L.J. CARRÉ, *op. cit.*, 1841, question 1894, p. 327 : "L'absence de la formule pour les décisions ou contraintes administratives tient donc essentiellement à leur nature, et on ne peut donc pas leur appliquer en ce cas les règles du droit commun, sans méconnaître le caractère qui leur est propre". Comp. M. BLOCK, *op. cit.*,

en fonction de critères a-légaux - parce qu'ils émanent du pouvoir exécutif⁴¹⁸, parce que la formule émane toujours d'un officier public⁴¹⁹, - ce qui, on l'a déjà mentionné, se rencontre également en droit privé⁴²⁰.

T. I, 5^e éd., 1905, "Exécution parée", exécutoire, p. 1367, n° 3 : l'auteur laisse d'abord penser que les actes administratifs, comme tous actes susceptibles d'exécution forcée, doivent être revêtus de la formule exécutoire, sans toutefois préciser le texte légal l'exigeant de manière générale. Mais il conclut cependant de la sorte : "Il n'est pas toujours nécessaire que les actes administratifs soient revêtus de la formule exécutoire pour emporter exécution parée ou pour avoir force exécutoire. Il est même des actes administratifs qui n'en sont jamais revêtus, parce que leur nature ne le comporte pas". Comp. A. VANDER STICHELE, *op. cit.*, R.W., 1961, col. 1754 : pas pour l'auteur, mais pour la doctrine française et allemande; F.-E. DE VISSCHERE, *op. cit.*, 1966, n° 12, p. 21; les auteurs soutenant le privilège dans le chef du gouvernement ou du Ministre de l'intérieur (voy. *supra* en législation, n° 453), d'une certaine manière par nature.

416 Add. E. DE FAYS, *op. cit.*, *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, n° 14, p. 356, concernant les actes de la puissance publique qui seraient exécutoires par eux-mêmes, sans recours à une formule exécutoire, "par la nature même des choses", alors que les actes de gestion économique ne le seraient sans formule que si la loi en dispose de la sorte, à défaut de quoi les règles générales relatives à l'obtention d'un titre exécutoire sont d'application. Rem. encore GARSONNET et CÉSAR-BRU, selon lesquels l'agent que la loi désigne pour faire respecter l'ordre de l'autorité, doit, par la nature même des choses, avoir à son service la force publique pour faire exécuter la loi (*Procédure*, T. IV, n° 51).

417 P. WIGNY, *op. cit.*, 1947, n° 65, p. 84 (l'exécution parée), implicitement sans formule ni l'intervention de personne, comme confirmé n° 66, p. 87 (les forces de police sont immédiatement à sa disposition). Les deux exemples avancés sont toutefois éloquentes (ils sont inspirés par M. HAURIU) : les décisions verbales de la police doivent être obéies (cela n'indique évidemment pas le remède ou la sanction de la désobéissance, la seule question importante ici) et l'administration liquide unilatéralement toutes ses dettes (or une loi organise en détail la matière).

418 Ou des autorités qui exercent ce pouvoir par délégation, le contrôle préalable du juge ne pouvant pas procurer à l'administration ce qu'elle a déjà (le pouvoir de commander). Voy. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 162; A. GIRON, *op. cit.*, 2^e éd., T. I, 1885, "Exécution des actes administratifs", n° 215, pp. 244 et 245; du même auteur, *op. cit.*, T. II, 1895, "Exécution des actes de l'autorité publique", pp. 16 et 17, n° 3 et 5; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475, note 2061; K. BROECKX, in G. de LEVAL, P. LEWALLE et M. STORME, *op. cit.*, 1996, n° 6, pp. 293 et 294. Comp. G.L.J. CARRÉ, *op. cit.*, 1841, question 1894, p. 327. Comp. en droit français F. MOREAU, *op. cit.*, 1909, n° 130, p. 138; E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 1887 (1989), T. I, p. 403 et note 1; voy. aussi pp. 405 et 410, où l'auteur opère le constat selon lequel la force exécutoire est un attribut du pouvoir exécutif : le "droit d'imprimer la force exécutoire à une décision est un attribut exclusif du pouvoir exécutif, car les décisions judiciaires elles-mêmes ne possèdent cette force qu'en vertu de la formule exécutoire apposée aux arrêts et jugements, formule qui contient un mandement adressé aux agents d'exécution par le pouvoir exécutif". L'argument est de type logique, mais il présente l'inconvénient essentiel de présumer la disposition générale de la force publique dans le chef du pouvoir exécutif. Il n'est pas "suffisamment juridique".

419 C. CAMBIER, *op. cit.*, 1968, p. 250, note 2 : l'auteur justifie l'expression "dispense d'un détour" pour caractériser le privilège du préalable par le fait que les décisions de justice tiennent leur force exécutoire du Roi et non du juge lui-même. Comp. C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1974, p. 136. Preuve de la confusion possible : G. de LEVAL complète cette précision par celle d'A. GIRON selon laquelle il va de soi que les actes qui émanent directement du pouvoir exécutif sont exécutoires par eux-mêmes indépendamment de toute formule, du moment qu'ils sont légalement portés à la connaissance du public ou des intéressés (*op. cit.*, 1988, n° 238, p. 475, note 2061, déjà reprise par O. ORBAN, *op. cit.*, 2^e éd., 1909, n° 5, p. 12, note 2). Add. C. DE BROUCKÈRE et F. TIELEMANS, *op. cit.*, T. VII, 1846, "Exécution", p. 16 : comme les actes administratifs émanent du pouvoir exécutif, ils ne sont pas assujettis à la formule.

420 Comp. de nombreux auteurs parmi lesquels L. RAUCENT, *op. cit.*, T. I, 3^e éd., 1988, p. 42, n° 37 : pour octroyer la force exécutoire (renforcée), il faut être détenteur d'une parcelle de l'autorité. La force exécutoire de l'acte notarié procèderait ainsi avant tout du statut du notaire, officier public et ministériel détenteur d'une parcelle de la puissance publique : G. de LEVAL, *op. cit.*, 1993, p. 135; J. DEMBLON, "La fonction notariale", *Rep. Not.*, T. XI, L. V, n° 19 et s.

L'éventuelle "forme exécutoire"⁴²¹ administrative - projection d'une sorte de formule analogue à celle des jugements ou des actes notariés - est également un problème qui a toujours laissé perplexe les auteurs. La formule exécutoire est d'ailleurs parfois "remplacée" par une formalité administrative au sein de l'administration. En matière fiscale, pour prendre l'exemple type, c'est le directeur des contributions qui rend le rôle exécutoire. Pour C. GABOLDE, les actes administratifs sont "exécutoires par eux-mêmes, du seul fait qu'ils sont revêtus de la signature ou du visa de l'autorité compétente", sans même *promulgation*⁴²².

609. Vers une formule plus actuelle ? À vrai dire, la formule exécutoire a un caractère quelque peu désuet. Elle est le témoin d'une époque révolue où le Roi était tout-puissant et dont les actes ne devaient pas être revêtus de la formule, puisqu'elle était destinée à prêter Son nom⁴²³. Au-delà du symbole, la formule exécutoire était un moyen de s'assurer un contrôle de l'action judiciaire.

Aujourd'hui, seul le pouvoir de requérir les forces de l'ordre compte vraiment, ce qui pourrait être assuré par le biais d'une "formule" plus actuelle, tournée vers la vérification de l'accomplissement de formalités. Si la décision de justice est susceptible d'être exécutoire par la force, en effet, ce n'est pas selon le bon vouloir du greffier, mais parce qu'il s'agit d'un acte garanti par une procédure rigoureuse organisée par la loi. Le rôle du greffier est précisément d'en vérifier le respect. La formule gagnerait à être adaptée dans ce sens. La cohérence légale du système en ressortirait améliorée.

610. Pour une conception légaliste. En somme, la tolérance de l'exécution forcée sans l'autorisation du juge participe de la législation (exceptionnellement de la jurisprudence), mais non de la forme ou de la nature des actes. L'exécutoire (au sens du Code judiciaire) est organisé par la loi⁴²⁴, y compris en matière administrative, et avant tout par la loi commune. Et s'il est

421 Le concept vient de M. HAURIU, *op. cit.*, 11^e éd., 1927, pp. 356 et s. Add. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, pp. 38 et 66. Rem. en particulier C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 27, p. 734 : il serait bien difficile à préciser et justifier que la force exécutoire soit liée à une certaine forme.

422 C. GABOLDE, *op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 59, n° 46.

423 C. GABOLDE rappelle que la formule exécutoire est "le lien tangible qui assure la collaboration du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire", apparu lorsque le pouvoir judiciaire est devenu indépendant (*op. cit.*, *Encycl. Dalloz*, p. 56, n° 2). Les arrêts du Conseil d'État n'en ont été pourvus que lorsqu'il a reçu la justice déléguée. Auparavant, un avis du Conseil d'État précisait que les arrêtés des Conseils de préfecture étaient exécutoires sans visas ni mandements, à l'égal des décisions administratives (n° 3 et 4).

424 La loi doit le prévoir expressément. Voy. E. DE FAYS, *op. cit.*, *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, n° 1, p. 358; Z. VAN HEE et J. DE VROE, in Congrès des Notaires de Belgique, *op. cit.*, 1957, pp. 291 et 292; G. de LEVAL, *op. cit.*, 1988, n° 238, p. 474 (comp. cep. n° 2061, p. 475) (l'auteur en veut pour preuve le titre fiscal effectivement réglementé mais qui, comme indiqué *supra* (n° 570), n'est pas réellement représentatif de l'acte administratif pour en tirer une règle générale); J. DE BRABANDERE, *op. cit.*, *Revue du notariat belge*, 1985, p. 381, n° 11.10 (et p. 393, n° 15.7, note 74 : le contraire serait difficilement admissible car l'exécution parée limite les droits civils de l'individu - principalement le droit de propriété - et trouve dès lors difficilement son fondement dans une décision purement administrative) (et p. 394, n° 17.1, note 77 : encore moins après l'entrée en vigueur de la Constitution dont certains principes importants seraient violés comme le principe de la séparation des pouvoirs - articles 11 et 92 (anciens) -); G. de LEVAL et P.-E. PARTSCH, *op. cit.*, *Act. dr.*, 1995, p. 564 (les actes authentiques administratifs auxquels la loi donne force exécutoire : la contrainte et le rôle rendu exécutoire). Add. impl. tous les auteurs déjà mentionnés en faveur de l'exécution d'office en cas

généralement considéré que la force exécutoire procède du pouvoir de commandement qui s'exprime, le plus souvent, à travers l'apposition de la formule exécutoire sur l'acte reçu par l'officier public, avec les solennités requises⁴²⁵, le gage de la force exécutoire n'est pas en soi l'apposition de la formule exécutoire, pas plus que l'authenticité, mais bien la loi qui prescrit cette formalité.

Même en ce qui concerne les décisions de justice, une disposition légale est nécessaire pour permettre leur exécution forcée. L'atteste évidemment le Code judiciaire, mais encore l'article 95bis, § 5, alinéa 6 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par la loi du 16 janvier 1989. L'article prévoit que les décisions de juridictions de coopération peuvent faire l'objet d'exécution forcée (concernant des litiges qui se meuvent entre pouvoirs publics uniquement). On peut ajouter l'article 37 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'État, comparable à l'article 115 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. Il arrête les formules exécutoires particulières que le greffier appose sur les expéditions des arrêts à la suite du dispositif⁴²⁶.

En règle, ce n'est ni le juge ni le greffier qui délivre le titre exécutoire judiciaire. Le juge délivre le titre que le greffier rend exécutoire. La décision juridictionnelle préalable n'est donc que le titre permettant - s'il est rendu exécutoire - l'exécution forcée⁴²⁷. Il n'est pourtant pas rare de lire le contraire⁴²⁸.

611. Une formalité imposable par la loi. À considérer le problème de manière intuitive, il semble que la formule exécutoire occulte le principe de légalité qui la sous-tend parce qu'elle

d'habilitation légale, principalement.

⁴²⁵ G. de LEVAL, *op. cit.*, in *L'exécution en question*, 1993, p. 136.

⁴²⁶ L'article indique au surplus que les arrêts sont exécutoires "de plein droit" et que leur exécution est assurée par le Roi. Les expéditions sont délivrées par le greffier qui les signe et les revêt du sceau du Conseil d'État. La formule exécutoire, proposée dans les trois langues nationales, est la suivante : "Les Ministres et les autorités administratives, en ce qui les concerne, sont tenus de pourvoir à l'exécution du présent arrêté. Les huissiers de justice à ce requis ont à y concourir en ce qui concerne les voies de droit commun". L'arrêté du Régent exécute les lois coordonnées sur le Conseil d'État, mais aussi, en quelque sorte, l'article 1386 du Code judiciaire en ce qui concerne les arrêts du Conseil d'État en déterminant la formule exécutoire requise pour l'exécution, ce qui ne les empêche pas, dans ce cas précis, d'être exécutoires de plein droit par l'effet de la loi. À noter à cet égard S.L.C.E., 11 février 1999, *doc. parl.*, Chambre, s.o. 1998-1999, n° 2096/1, p. 13 soulignant (jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'appui) l'obligation pour l'autorité d'exécuter l'arrêt du Conseil d'État, non seulement en vertu de la formule exécutoire, de l'astreinte essayable à défaut, mais aussi au nom de l'État de droit et de l'accès au juge qui serait illusoire si la décision rendue par le juge ne devait pas être exécutée. Cela dit, l'avis indique directement après la formule que les huissiers de justice peuvent à leur tour requérir les services de police afin de leur prêter main forte, à charge pour ceux-ci de permettre à ceux-là de lever les difficultés qui les empêcheraient de remplir leur mission (article 44 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police). Une manière d'encourager la saisine directe de l'huissier (sans passer par l'astreinte) ? Il s'agit pourtant d'un "simple" arrêté d'exécution ne pouvant pas se targuer d'une délégation précise sur ce point. Comp. déjà M. VAUTHIER *op. cit.*, 3^e éd., T. II, 1950, n° 529, pp. 712 et 713, distinguant l'objet des recours judiciaire et administratif : l'annulation est "en quelque sorte une décision de principe" qui, "bien qu'elle soit obligatoire, ne confère pas, par elle-même à l'intéressé un moyen de contrainte, comparable à celui qui résulte de la formule exécutoire d'un jugement" (ceci en dépit de la formule exécutoire spécialement arrêtée pour les arrêts du Conseil d'État et qui pourrait laisser planer des doutes à ce sujet : n° 547, p. 732).

⁴²⁷ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 529.

⁴²⁸ Voy. par exemple C. BLUMANN, *op. cit.*, 1974, n° 831, p. 354 et n° 835, p. 355.

est considérée pour elle-même, et non comme une formalité imposée par la loi. On en veut pour preuve le titre exécutoire administratif (extrajudiciaire) qui, en pratique, n'est guère plus élaboré qu'un acte administratif ordinaire. La différence par rapport aux autres actes administratifs est donc que la loi lui confère une force exécutoire particulière.

La formule exécutoire ne doit pas cacher cette réalité juridique, même si les autres titres exécutoires en sont revêtus et que la formule est donc la différence la plus visible entre l'acte administratif et les autres titres exécutoires. Elle n'est pas pour autant le monopole discrétionnaire de l'exécutif.

À la limite, on peut même se demander s'il serait si étrange que cela, à conserver l'ancienne formule, de voir les actes administratifs en être revêtus lorsqu'ils ne sont pas accomplis directement par le Roi. Cela en vertu de la loi.

L'acte notarié en est un exemple. Il est revêtu de la formule malgré qu'il émane d'un officier public dans la personne du notaire. C'est en définitive par une fiction très artificielle que le notaire n'invoquerait le pouvoir du Roi que lorsqu'il délivre une grosse exécutoire. N'appartenant pas comme tel au pouvoir exécutif, le notaire ne pourrait en effet donner des ordres aux organes du pouvoir exécutif sans avoir reçu à cet effet l'autorisation du Roi qui en est le chef. Ladite autorisation serait incluse dans sa nomination⁴²⁹.

En réalité, l'ensemble de la fonction notariale est réglé par la loi et il n'y a pas d'objection particulière à ce que, aujourd'hui, l'accomplissement de certaines formalités emporte le pouvoir de requérir les forces de l'ordre pour le créancier muni d'un tel acte.

612. Une formalité parfois imposée par la loi ? À noter encore, pour bien identifier le privilège de l'administration, que l'absence d'une loi à portée générale prescrivant une formule exécutoire pour les actes administratifs serait difficile à concevoir si des textes particuliers prescrivaient parfois une formule pour certains actes administratifs posés dans des matières déterminées.

Pourquoi, peut-on penser par exemple, l'arrêté du Régent du 29 mars 1949⁴³⁰ fixe-t-il la formule exécutoire des actes reçus en application de l'article 14 de la loi du 23 août 1948 tendant à assurer le maintien et le développement de la marine marchande, de la pêche maritime et de la construction maritime et instituant à ces fins un Fonds de l'armement et des constructions maritimes⁴³¹ ? Surtout que, selon l'article 1^{er} dudit arrêté, la formule est conçue dans les mêmes termes que celle prévue pour tous les autres actes emportant exécution parée.

La réponse est en réalité très simple. Comme l'indiquent l'article 14 de la loi et l'arrêté, il s'agit de permettre aux fonctionnaires de l'administration des domaines de recevoir tous actes

⁴²⁹ Voy. J. DE BRABANDERE, *op. cit.*, *Revue du notariat belge*, 1985, point 15.7., p. 393, note 74.

⁴³⁰ *Pasin.*, 1949, p. 155.

⁴³¹ *Pasin.*, 1948, p. 540, n° 1016. La loi est sanctionnée par le Régent Charles, le Roi Léopold III se trouvant dans l'impossibilité de régner par le fait de l'ennemi. L'avis du Conseil d'État relatif audit arrêté n'est d'aucun secours.

nécessaires aux opérations faites en exécution de ladite loi et de délivrer des grosses revêtues de la formule exécutoire. L'entorse vise donc la fonction notariale et sa loi organique à laquelle il est d'ailleurs directement référé à l'alinéa 2 de l'article 14.

Sans doute n'était-il pas nécessaire de concevoir la formule exécutoire identiquement à celle fixée en exécution du Code de procédure civile, puisque l'article 14 se réfère à "la formule exécutoire". L'important, dans la perspective retenue, est que les actes administratifs posés par les fonctionnaires du domaine ne doivent pas être revêtus de cette formule. Seules les grosses qui peuvent être délivrées par eux en seront revêtues. Ce que la formulation de l'article 1^{er} de l'arrêté du Régent tendait à occulter en traitant de "la formule exécutoire des actes reçus par les fonctionnaires de l'administration des domaines (...)".

La prétendue exception avancée par A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN⁴³² est donc toute relative, les auteurs mentionnant eux-mêmes qu'il s'agit de cas exceptionnels dans lesquels les documents de certaines décisions administratives peuvent être revêtus de la formule exécutoire par l'administration. Les autres exemples donnés par les auteurs se sont révélés du même ordre. Ils concernent la délivrance de diverses grosses par les comités d'acquisitions d'immeubles en matière d'urbanisme dans le cadre des plans d'aménagement ou du remembrement, ou encore en matière d'expansion économique.

⁴³² A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *op. cit.*, (11^e éd.), 1989, n° 7, p. 7, note 8 ainsi que J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *op. cit.*, 14^e éd., 1996, n° 7, p. 7, note 8. Les deux exemples en 1989 deviennent six en 1996. Il n'a pas été trouvé de formule exécutoire prescrite par l'arrêté du secrétaire général du ministère des finances du 15 décembre 1941 relatif à la constatation et à l'évaluation des dommages causés par la guerre aux bateaux de pêche, *Pasin.*, 1941, p. 674, l'exemple n'étant au demeurant plus reproduit en 1996.

Conclusion

"(...) on ne pense pas que l'état de nos sociétés puisse sans inconvénient supporter la disparition d'un véritable droit de l'autorité publique; peut-être faut-il en réduire le champ d'application, mais à la condition d'en affermir l'exercice."

J.-M. LEMOYNE de FORGES¹

613. La trame du raisonnement. L'humilité s'impose au terme d'une étude consacrée aux privilèges du préalable et de l'exécution d'office. La matière est considérable. Il s'agit de principes de base du droit administratif. À ce titre, on pouvait en attendre une définition claire et précise. Et pourtant, il est rapidement apparu qu'il n'en est rien en doctrine, et *a fortiori* dans les autres sources du droit. Il convenait par conséquent de redéfinir les privilèges de la manière la plus simple et la plus adéquate possible. La présente conclusion est l'occasion de retracer brièvement le chemin parcouru, en insistant surtout sur les résultats de la recherche.

La dissertation est articulée autour de deux titres.

Au terme du premier titre, une hypothèse de travail a été avancée. Une première définition des privilèges a été proposée. Elle allait dans le sens d'une relecture civile et judiciaire des privilèges.

Dans le second titre, il s'agissait de vérifier l'hypothèse formulée dans le premier titre, en la confrontant simplement au droit positif. Menée à son terme, l'opération a débouché sur la (re)définition des privilèges à partir du droit commun de l'exécution.

La théorie proposée est volontairement réaliste. L'objectif a été d'apporter une série de solutions pratiques à des problèmes concrets, au-delà d'un exercice fondamentalement théorique.

¹ J.-M. LEMOYNE de FORGES, in *L'unité du droit...*, *op. cit.*, 1996, p. 486. Car "L'égoïsme des administrés peut être aussi redoutable que l'arbitraire de l'administration" : P. MARTENS, préface M. LEROY, *op. cit.*, 1996, p. VIII. En somme, "(...) il existe une certaine liaison du droit et du pouvoir qui est peut-être caractéristique de l'époque moderne en Occident, et sur laquelle il est (...) toujours nécessaire de réfléchir à nouveau de manière à tâcher de préserver, dans une société dont chacun connaît l'état de crise et la complexité croissante, l'exigence de liberté que cette liaison (...) incarne" : G. HAARSCHER, *op. cit.*, 1985, p. 265. "Il y a un point d'équilibre à respecter" : C. CAMBIER, *op. cit.*, T. I, 1961, p. 9.

614. Le point de départ². La première difficulté rencontrée a été d'identifier et de prendre conscience de ce qui dénote dans la formulation des privilèges. Il s'agit en effet de principes de base formulés de manière à convaincre, voire à décourager toute remise en question. Il subsiste pourtant toujours un certain malaise incompatible avec l'objectif à atteindre : arrêter une définition claire et précise des privilèges.

Seules l'analyse rigoureuse de la doctrine et la comparaison des auteurs ont permis d'en percer le secret au terme d'une série de constats pour le moins étonnants.

Premier constat : la doctrine n'est absolument pas unanime quant à la définition des privilèges. Certains éléments de définition sont certes récurrents³, mais ils ne sont pas constants et ils voyagent parfois d'un privilège à l'autre. Bien plus, les noms réservés aux privilèges varient d'un auteur à l'autre et, par voie de conséquence, en jurisprudence et en légisprudence.

Deuxième constat : selon une perspective historique, cette fois, les concepts sont très récents en droit belge. On trouve le privilège du préalable dans un précis de droit administratif belge en 1947 pour la première fois.

Troisième constat : l'influence française sur la doctrine belge a été déterminante en ce qui concerne les privilèges. Les concepts ont été importés du droit français sans aucune précaution ni adaptation en fonction de système belge.

En conséquence, il convenait d'ouvrir la recherche au droit français. Il fallait vérifier s'il ne convenait pas d'adapter les privilèges au droit belge, en plus de les éclaircir. Il s'imposait de remonter aux sources du droit administratif belge⁴ pour en comprendre les spécificités.

615. Première étape. L'arrêt "La Flandria" du 5 novembre 1920 était inévitable dans cette quête. La Cour de cassation y prend en effet le contre-pied du système français. L'arrêt concerne la responsabilité civile des autorités administratives. Après s'être déclarée compétente en matière administrative, la Cour de cassation applique purement et simplement le droit commun de la responsabilité à l'autorité concernée, à savoir, très concrètement, les articles 1382 et suivants du Code civil.

Or, le régime inverse est de rigueur en France. Dans la même matière, en effet, un arrêt "Blanco" rendu par le Tribunal des conflits le 8 février 1873 indique au contraire que, premièrement, seul le juge administratif est, en règle, compétent en matière administrative, y

² Le raisonnement est présenté sous forme d'étapes qui ne correspondent pas nécessairement aux divisions des titres. *Brevitatis causa*, il a fallu ramasser les idées en faisant fi d'une série de nuances.

³ Sont visés, pour l'essentiel, le caractère unilatéral de l'acte administratif, la présomption de légalité dont il serait revêtu, son caractère exécutoire tantôt sans, tantôt avec recours possible à la force publique, l'auto-délivrance d'un titre exécutoire, le renversement de la charge de l'action ou de la preuve qui serait provoqué par lui, l'absence de caractère suspensif du recours administratif, l'intervention *a posteriori* du juge par rapport à l'action concernée, l'obéissance incontournable de l'administré avant d'oser réclamer, l'exécution aux risques et périls de l'administration.

⁴ Aux sources du droit administratif et de l'acte unilatéral, indique pompeusement le sous-titre de la dissertation.

compris donc en matière de responsabilité. Deuxièmement, il ne s'agit pas pour le juge administratif d'appliquer le droit commun aux autorités administratives. Il lui revient, au contraire, de déterminer des règles spéciales ou particulières "qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés". L'adaptation du droit privé est donc une règle générale. Elle est valable en matière de responsabilité, mais aussi dans toutes les autres matières administratives.

En toute logique, il n'y a aucune raison de ne pas procéder en Belgique comme en France et de ne pas généraliser la règle dégagée dans l'arrêt "La Flandria". Il convient par conséquent de soutenir l'application de principe du droit commun aux autorités administratives dans toutes les matières, c'est-à-dire pas seulement en matière de responsabilité civile, mais y compris dans les autres domaines "transversaux", en particulier celui de l'exécution d'un acte administratif.

Rien ne justifie en effet de limiter la sujétion au droit commun de la responsabilité dès lors que l'action du pouvoir judiciaire n'est pas cantonnée à cette matière ni rivée à une fonction. En l'occurrence, l'autorisation d'une mesure d'exécution forcée relève également de sa juridiction.

Au demeurant, l'application de principe du droit commun est une exigence constitutionnelle que M. le procureur général P. LECLERCQ s'est attaché à établir dans ses conclusions conformes précédant l'arrêt "La Flandria"⁵.

En France, pour bien camper la différence, on a donc affaire à un droit administratif spécifique, autonome et fortement jurisprudentiel. En Belgique, par contre, on est en présence d'un droit commun. Il peut être dérogé à ce droit commun, notamment en matière administrative. Mais seul le législateur est habilité à le faire, dans le respect des principes d'égalité et de non-discrimination⁶.

⁵ Le fondement constitutionnel avancé vise le principe de l'État de droit et, en particulier, les anciens articles 24, 67, 78, 92, 93, 106 et 107 de la Constitution (auxquels il faut ajouter aujourd'hui les nouveaux articles 10 et 11 dont le respect par les législateurs est contrôlé par la Cour d'arbitrage). Ensemble, ces dispositions soumettent les gouvernants aux lois. Celles qui organisent les droits civils figurent parmi ces lois. En matière de responsabilité, il est expressément affirmé que ces lois limitent leurs activités, à défaut de dérogation. Il va de soi, plus généralement, qu'elles régissent leur action, y compris de manière positive.

⁶ Dans l'état actuel du droit, le juge prend parfois des libertés à l'égard du droit commun sur base de considérations exclusivement liées à l'intérêt général ou au service public (spécialement sa continuité), destinées à établir un régime dérogatoire. À l'instar des privilèges, ces considérations sont les dignes héritières du principe de la séparation des pouvoirs. Dans le prolongement de l'arrêt "La Flandria" et de sa "prophétie" (comp. C. PANIER, *op. cit.*, J.L.M.B., 2000, p. 26, mais sans rapport direct avec le droit commun), il convient de s'en départir, comme de toute influence française inadaptée. Plus exactement, il faut les réintégrer dans le droit commun où elles sont à même de jouer un rôle important à travers une série de catégories qui permettent une souplesse insoupçonnée. Les principes généraux du droit figurent parmi ces catégories, et notamment le principe de proportionnalité. Pour "une plus grande intelligence des besoins du service public", selon l'expression de QUENTIN-BAUCHART, "Étude sur la juridiction administrative", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, p. 138.

Dans cette logique, il faut déconseiller à la Cour d'arbitrage de consacrer un principe général autonome et de valeur constitutionnelle à l'endroit de la continuité du service public, à l'instar de son homologue français. Cette manière de procéder revient en effet à affirmer la spécificité naturelle du droit administratif par rapport au droit privé, même en l'absence d'intervention du législateur. Certes, la continuité peut devenir une notion contrôlable. La Cour de cassation a récemment montré la voie dans ce sens. Il semble toutefois plus adéquat au droit belge

La différence entre les deux systèmes n'apparaît pas toujours à l'observateur extérieur car, sur le plan institutionnel, pouvoir judiciaire et Conseil d'État coexistent dans les deux cas. La répartition très différente des compétences entre les deux "ordres de juridictions" fait toutefois des deux pays de "faux jumeaux". Cela doit inciter à la plus grande prudence sur le plan juridique.

616. Deuxième étape. Fort du principe de la sujétion et de la différence fondamentale par rapport au droit français, il convenait de se pencher sur les privilèges eux-mêmes pour tenter, dans un premier temps, de mieux les comprendre, et de mieux les définir dans un second temps. Il convenait surtout de dépasser le préjugé imposant en droit positif selon lequel le droit administratif est autonome et nécessairement différent du droit privé, comme en France⁷. Plus concrètement, il fallait partir d'une méthode d'analyse propre au droit belge - et donc au droit commun - pour disséquer les privilèges⁸ en éléments de définition et percevoir ainsi leurs articulations.

La méthode de droit privé utilisée est fondée sur les forces de l'acte juridique. Elle vise à décomposer l'acte juridique selon les forces obligatoire, exécutoire et probante⁹. À chaque force correspond une série de propriétés de l'acte dont les critères de définition ne valent pas nécessairement pour les autres forces et qui ne peuvent pas nécessairement être transposés à d'autres propriétés¹⁰.

La préoccupation est loin d'être identique en ce qui concerne les privilèges dans les précis de droit administratif. Au contraire, toutes les forces sont mélangées de manière très anarchique. Même les critères servant à définir certaines propriétés ont été mêlés. Parmi ces critères, l'intervention préalable du juge, par exemple, est présentée comme étant nécessaire en droit privé - donc dispensée en droit administratif en vertu du privilège - simplement pour qu'une

d'intégrer la continuité dans le droit commun. Surtout qu'en définitive, la question se résume souvent à un problème de qualification.

Cela dit, il ne faut pas se tromper de cible. Seules les catégories juridiques doivent être identiques. Il ne s'agit donc nullement de tempérer la fougue du juge administratif mise à perfectionner le contrôle de l'autorité administrative au moyen des principes de bonne administration. Au contraire, rien n'empêche les autres juges de suivre cette voie, en particulier lorsqu'ils ont affaire à des pouvoirs de décision comparables au sein d'"institutions" privées apparentées. Il faut éviter un nivellement par le bas.

⁷ Rem. R. MARTIN, "Sur l'unité des ordres de juridictions", *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1996, n° 33, p. 126 : "l'originalité du droit administratif est cultivée par ceux qui l'enseignent et le pratiquent, jusque dans le langage". L'auteur évoque le "péché d'orgueil" d'un droit d'une essence si différente qu'"une tête de privatiste ne serait pas capable d'assimiler cette science particulière". *Add.* p. 127, n° 34 : "Il convient d'éviter que la prolifération de différentes branches du droit nous fasse oublier que toutes ces branches font un arbre et tous ces arbres une même forêt. L'interdisciplinarité est inséparable de la spécialisation". *Comp.* avec l'image donnée par G. RENARD, in *Recueil d'études ... Gény, op. cit.*, T. III, 1935, pp. 84 et 86.

⁸ C'est-à-dire les actes administratifs concernés.

⁹ La force obligatoire vise l'inscription d'un acte dans le droit et la force exécutoire son inscription dans les faits. La force exécutoire comprend ainsi tant l'exécution volontaire - à distinguer de la force obligatoire - que l'exécution forcée. Quant à la force probante, elle se rapporte à la preuve et à l'*instrumentum*, qu'il convient de distinguer du *negotium*.

¹⁰ L'authenticité d'un acte, par exemple, ne lui confère pas une force exécutoire particulière. Toutes les deux procèdent de la loi, mais séparément. Quant à la création du droit, elle ne requiert généralement pas l'intervention préalable du juge, pas plus d'ailleurs que l'exécution volontaire, ni même la présomption de légalité.

relation juridique existe. Autre exemple : l'absence d'effet suspensif des recours est avancée comme emportant un privilège en faveur de l'administration, alors que tel est également le régime des actes privés en droit commun.

Bref, une série d'idées reçues¹¹ circulent en droit administratif à propos des privilèges, notamment parce qu'ils ne sont pas fondées sur une véritable comparaison avec le droit commun. L'explication en est que le droit administratif a évolué en vase clos. Il a été fortement influencé par l'ancienne théorie du ministre-juge¹² et par la carence du contrôle juridictionnel sur l'action administrative durant près d'un siècle¹³. Tous ces éléments conjugués déforment aujourd'hui la réalité du droit administratif.

Face à de tels constats - en particulier la dispersion et l'éclatement des privilèges tous azimuts -, il convenait de simplifier le débat. La clé de lecture était toute trouvée dans un régime de droit commun où il s'agit d'identifier des privilèges. En effet, qu'est-ce au juste un privilège, si ce n'est une dérogation avantageuse par rapport à la loi commune¹⁴ ? Le fil rouge s'imposait de lui-même à la démonstration.

617. Troisième étape. À partir de ce critère fondamental, il ne suffisait plus qu'à disséquer chaque élément de définition des privilèges, en le rattachant chaque fois à une force, et en vérifiant si chaque élément contribuait à un privilège, voire en constituant un à part entière. De la sorte, le noyau dur des privilèges apparaîtrait progressivement. Il permettrait d'établir une définition "scientifiquement correcte".

Deux privilèges ont pu être dégagés. L'un afférent à l'action unilatérale : l'imposition unilatérale d'obligations à charge d'autrui. L'autre relatif à l'exécution forcée disponible sans l'autorisation préalable du juge.

¹¹ À propos desquelles il ne faut surtout pas refouler le sentiment qu'elles sont fausses, comme l'indique C. EISENMANN, *op. cit.*, T. II, 1983 (année 1959-1960), n° 15, p. 755, à propos de G. VEDEL : "Tout ce passage (...) révèle de façon étonnante en quels embarras des idées initiales fausses peuvent jeter un auteur qui est plus ou moins "travaillé" par le sentiment refoulé qu'elles sont fausses".

¹² Les privilèges étaient inconnus au dix-neuvième siècle, mais ils étaient précédés par un phénomène unique, l'exécution provisoire, en l'absence d'un contrôle juridictionnel efficace. En vertu de ce phénomène, l'acte administratif était considéré comme exécutoire par la force parce qu'il était pour une bonne part assimilé à un jugement (administratif) de premier degré, en vertu de la théorie du ministre- ou de l'administrateur-juge. La même théorie justifiait aussi que l'interdiction soit faite au pouvoir judiciaire de s'immiscer dans les affaires administratives, *a fortiori* d'en paralyser l'exécution. Dans ce cadre, l'absence de caractère suspensif du recours procédait logiquement d'une comparaison avec la décision de justice. Elle a été abusivement maintenue par la suite, car les racines des privilèges ont été perdues de vue.

¹³ En droit français comme en droit belge, même si les évolutions ne coïncident pas dans le temps. On est passé de l'exécution provisoire au contrôle provisoire et, par voie de conséquence, d'un privilège de fait à un privilège de droit. Mais, entre-temps, le régime de l'acte administratif s'est développé dans une "gangue contentieuse", coupé du droit privé. *Comp.* F.-P. BENOÎT, préface de F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, p. 2.

¹⁴ Il n'est pas requis que cette dérogation soit exclusive au droit administratif pour constituer un privilège, en particulier dans un régime de droit commun.

C'est en définitive une approche historique des privilèges qui a permis de départager les deux privilèges et de confirmer l'intuition. Elle a permis d'identifier avec précision *une* force et *une* propriété de prédilection sur lesquelles fonder le reste du raisonnement.

À l'origine, en effet, le privilège était unique chez M. HAURIOU¹⁵. Il s'agissait du privilège de l'exécution préalable, soit un mélange des privilèges étudiés. Or, ce privilège était quasi entièrement consacré à l'exécution forcée des actes administratifs. À l'époque, l'administration pouvait en user pratiquement à son gré, et surtout *sans l'autorisation préalable d'un juge*. Tels sont bien la matière (l'exécution forcée) et le critère (la dispense de l'autorisation du juge) sur base desquels il convenait de définir les privilèges. Tout le reste n'était qu'artifice, abusivement ou maladroitement rajouté par la suite.

Chemin faisant, en fin de premier titre, une hypothèse de travail a pu être formulée sur ces bases. Selon cette hypothèse, le privilège du préalable pouvait servir à désigner la dispense du "préalable" qu'est l'autorisation du juge pour l'exécution forcée. Sur le plan étymologique, c'était parfait¹⁶. Quant au privilège de l'exécution d'office¹⁷, il convenait particulièrement à la dispense, évoquée par C. CAMBIER, des conditions supplémentaires par rapport à l'autorisation du juge, posées par le droit commun à l'exécution forcée (telles une créance certaine, liquide, exigible; le concours du juge des saisies; etc.).

Comme attendu, l'hypothèse conduisait de la sorte clairement à une (re)définition des privilèges à partir des droits civil et judiciaire de l'exécution.

618. Quatrième étape. La vérification de l'hypothèse, dans le second titre, a permis de constater qu'elle est partiellement fondée en droit positif. La comparaison des droits commun et administratif de l'exécution a en effet montré que seul le privilège du préalable existe réellement dans l'état actuel du droit belge¹⁸.

C'est que la plupart des dispositions judiciaires existantes en matière d'exécution règlent l'exécution forcée des *obligations pécuniaires*. Certes, il n'est plus contesté aujourd'hui que ces règles concernent également les obligations pécuniaires contenues dans les actes administratifs, à défaut du moins de dérogations. Mais ces dérogations - principalement en matière fiscale - n'ont pas vraiment pour effet de privilégier l'administration de manière consistante en ce qui concerne les règles propres aux saisies. Au contraire, en législation, il est généralement renvoyé purement et simplement aux règles judiciaires sur ce point. Pas d'exécution d'office, donc.

¹⁵ M. HAURIOU est le premier conceptualiste à s'être attaché à expliquer les privilèges de l'administration, mais à contre-courant. À la charnière de deux siècles, il s'est inspiré de la situation au dix-neuvième siècle, alors que le juge administratif imposait progressivement un contrôle indépendant destiné à dompter l'action administrative, en particulier l'exécution. Ce dernier a notamment posé une série de conditions limitant le recours éventuel à l'exécution forcée. C'est néanmoins la théorie du premier qui s'est imposée en doctrine, jusque dans les précis actuels de droit administratif belge. Encore que l'on y retrouve aussi les conditions, mais de manière plus discrète.

¹⁶ Le privilège lié à la force obligatoire pouvait recevoir, quant à lui, le nom également plus adéquat de "privilège de la décision unilatérale".

¹⁷ La locution d'office se rapporte en effet à l'exécution.

¹⁸ Il n'est pas exclusif au droit administratif, mais il y est nettement plus fréquent.

Les règles relatives aux *obligations non pécuniaires* sont, quant à elles, quasi inexistantes dans le Code judiciaire, de même que dans le Code civil. Seule l'autorisation préalable du juge est véritablement imposée. À tel point que toute autre condition d'exécution est laissée à l'entière discrétion du juge en droit commun. Ce dernier doit tout prévoir dans son jugement. Ce qui, à l'évidence, est éminemment critiquable en termes de garanties pour le justiciable¹⁹ et devrait faire l'objet d'une réforme législative.

Dans l'attente, l'administrativiste est mis dans l'impossibilité de comparer "ses" règles avec un droit commun inexistant pour identifier un privilège évoquant une exécution d'office. Il n'est pas plus en mesure d'appliquer de manière supplétive des règles inexistantes en matière administrative.

La situation est d'autant plus grave que le privilège de l'exécution d'office vient le plus souvent après le privilège du préalable. Or, le privilège du préalable dispense précisément de l'autorisation préalable du juge, à savoir du jugement, c'est-à-dire de toute garantie pour l'administré, puisque d'ordinaire le législateur s'en remet au juge en matière non pécuniaire.

619. Cinquième étape. Il semble qu'en France, ce soit précisément cette carence législative en matière non pécuniaire qui ait conduit le juge administratif à mettre au point un système autonome²⁰, à défaut de pouvoir s'inspirer de règles communes en la matière. Ce système jurisprudentiel conditionne le recours à l'exécution forcée par l'autorité administrative.

Le système tourne autour d'un principe et de quatre exceptions qui correspondent à des hypothèses déterminées.

Le principe est l'exécution judiciaire, et donc le recours préalable au juge, comme en droit commun.

La première exception vise l'existence d'une loi qui dispense expressément une administration de l'autorisation préalable du juge pour recourir à l'exécution forcée. Il suffit alors de respecter la loi.

La deuxième exception concerne également la loi, mais elle prévoit cette fois des sanctions pénales, judiciaires ou administratives. Le cas échéant, toute exécution forcée est interdite sans l'autorisation préalable du juge pénal (c'est-à-dire au terme de la procédure pénale) ou en faveur de la sanction administrative.

Il y a une troisième exception, celle de l'urgence²¹ à recourir à la contrainte. L'autorité administrative peut alors se dispenser de l'autorisation préalable du juge, et cela même si d'autres sanctions sont prévues.

¹⁹ Dernière le justiciable "se cache" souvent une administration.

²⁰ Au départ des conclusions du Commissaire du gouvernement ROMIEU précédant l'arrêt "Société immobilière de Saint-Just" rendu le 2 décembre 1902 par le Tribunal des conflits français.

²¹ Voir des circonstances exceptionnelles.

Selon la quatrième hypothèse, aucun mécanisme de sanction n'a été prévu pour remédier au non-respect de l'obligation corrélative et il n'y a pas non plus urgence. C'est une hypothèse subsidiaire. On parle dans ce cas d' "exécution d'office au sens strict". Trois conditions sont alors posées pour que l'autorité puisse tout de même recourir à une forme de contrainte²².

Le système est relativement simple et, avec les privilèges, il a été importé en doctrine belge. Toutefois, la transposition n'était pas pertinente compte tenu, pour l'essentiel²³, (1) de l'application du droit commun en matière administrative et (2) de la place du juge judiciaire dans la même matière, dont on ne trouve malheureusement aucune trace en doctrine belge.

En droit belge, en effet, il existe toujours une loi applicable, puisque le droit commun est applicable à défaut de dérogation. Il n'est donc pas possible de se retrouver à défaut d'un mécanisme de sanction.

De plus, la voie du juge civil est toujours ouverte à l'administration en Belgique, au besoin pour demander l'exécution forcée, et donc en présence comme en l'absence d'une autre sanction²⁴. Tel n'est pas le cas en France, en revanche, puisque, par principe, l'administration ne peut pas s'y adresser directement au juge civil ou administratif. D'où la nécessité évidente du système, sous peine de paralysie.

En somme, il y a lieu d'écarter le système français en droit belge, malgré que sa réception soit généralement proposée en doctrine, voire même conseillée par le ministère public près de la Cour de cassation²⁵. Le principe doit rester l'exécution judiciaire. Mais il ne peut y être dérogé qu'en présence soit d'un texte légal clair, soit en cas d'urgente nécessité ou de force majeure, selon des catégories communes avec le droit privé²⁶.

L'urgente nécessité remplace la simple urgence en droit belge parce qu'aucun principe général ne l'a reconnue depuis 1831, pas même en droit privé. Au contraire, même, un arrêt de la Cour de cassation du 11 juin 1953 permet explicitement de remédier à la carence d'une autorité, mais uniquement en cas de force majeure doublée d'une situation d'urgence. Or, le dispositif convient parfaitement en matière d'exécution privilégiée. En effet, il s'agit précisément de passer outre un des trois pouvoirs constitués. Aussi, à défaut d'un texte légal exprès, seule la

²² Il faut d'abord agir en vertu ou dans le prolongement d'une loi (dans sa suite logique). Il faut ensuite que l'administré refuse réellement de s'exécuter (c'est la résistance). Il faut finalement que la contrainte exercée soit proportionnelle à l'illégalité remédiée (c'est la mesure du nécessaire).

²³ La nature jurisprudentielle du système, déjà, devait conduire à le suspecter. Le droit belge requiert en effet une théorie plus légaliste, même si la loi occupe une place importante dans le système français.

²⁴ Civile (*a fortiori* lorsqu'elle est judiciaire), pénale ou administrative (autre que l'exécution privilégiée).

²⁵ Tel était le cas à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994, le seul existant dans la matière depuis 1831. L'arrêt est équivoque, mais il est plutôt favorable à la réception. La Cour a en effet situé son raisonnement dans le cadre du système français, sous l'influence d'auteurs imprégnés de droit français. L'arrêt concerne toutefois un cas d'application légale, si bien que le débat reste ouvert en jurisprudence concernant les autres hypothèses, en particulier celle de l'exécution d'office au sens strict.

²⁶ C'est le recours à d'autres catégories pour expliquer un régime commun qui pousse à commettre les "faux en théorie" propices aux privilèges de fait, tels la réception du droit français.

carence de l'autorité judiciaire peut permettre de s'y substituer²⁷. Or, cette carence vise l'hypothèse dans laquelle le juge judiciaire n'est pas en mesure d'autoriser l'exécution forcée. C'est-à-dire, concrètement, l'urgente nécessité, puisqu'il est en mesure de rendre une décision quasi sur l'heure, par exemple dans le cas du référé d'hôtel ou d'une requête unilatérale, selon les règles du droit commun.

620. Les principaux résultats. Pour terminer la synthèse du chemin parcouru, il convient d'épingler rapidement quatre résultats-majeurs de la recherche concernant le droit positif.

Le premier résultat est la définition précise de limites strictes à l'exécution forcée purement administrative, alors précisément que ces limites paraissaient floues en doctrine comme en jurisprudence. Ces limites sont plus étroites en droit belge qu'en droit français. Mais ces limites ne paralysent absolument pas l'action administrative, puisque la voie du juge est clairement indiquée, au besoin selon des procédures accélérées. L'enjeu de ces limites est la protection juridique du citoyen. Mais il est aussi l'identification précise de règles du jeu lisibles et prévisibles pour l'ensemble des acteurs de la vie administrative, qu'il s'agisse du fonctionnaire, de l'administré ou encore du magistrat.

Un deuxième résultat est le constat d'une parfaite cohérence ou d'une parfaite homogénéité des droits commun et administratif en matière d'exécution^{28 29}. D'une certaine manière, le droit commun est "prêt à la consommation" en droit administratif³⁰. Dès aujourd'hui, il peut être appliqué comme tel³¹. C'est déjà le cas en matière pécuniaire et il est inconcevable de ne pas

²⁷ Le principe de la permanence des autorités constituées, tiré de l'article 187 de la Constitution, concerne en effet le pouvoir judiciaire autant que l'autorité administrative : il ne peut pas être suspendu à défaut de carence exceptionnelle, liée à la force majeure. L'arriéré judiciaire n'est pas un motif d'excuse suffisant à cet égard.

²⁸ À noter que la proximité des droits privé et administratif en la matière, y compris en droit français, tient à la mission impartie au juge administratif français d'adapter le droit privé au droit administratif plutôt que de s'en départir complètement à tout prix.

²⁹ Y compris en ce qui concerne la nécessaire résistance de l'administré avant de se substituer à lui, ou encore la tolérance limitée aux mesures d'exécution nécessaires au respect de la légalité, qui trouvent à s'appliquer dans tous les cas en vertu du principe de proportionnalité. À noter qu'en matière non pécuniaire, des articles du Code civil afférents au domaine contractuel ont été interprétés par la Cour de cassation comme des principes généraux applicables à toutes les obligations sans distinction de nature ou d'origine, et donc pas non plus lorsqu'elles sont contenues dans un acte administratif. On songe à l'intervention requise du juge ou à la prévalance de l'exécution en nature, au terme des articles 1142 et suivants du Code civil. Ou encore au principe de la mise en demeure préalable, permettant une dernière fois à l'obligé de s'exécuter dans un délai raisonnable. Le même raisonnement pourrait être tenu à propos de règles judiciaires trop souvent cantonnées aux obligations pécuniaires, en particulier les dispositions générales lorsque rien n'indique formellement qu'elles ne sont pas applicables en matière non pécuniaire. Ces dispositions se rapportent aux termes et délais, au rôle du juge des saisies, à l'interdiction d'exécuter certaines jours et à certaines heures, la charge des frais de l'exécution, l'intervention de l'huissier de justice. La disposition la plus importante est l'article 1386 du Code judiciaire, qui complète l'article 1144 du Code civil, en vertu duquel une loi est nécessaire pour dispenser de l'autorisation du juge préalable à l'exécution forcée, ou encore de l'exigence de la formule exécutoire. Cette conception légaliste du droit de l'exécution rompt avec l'habitude prise en doctrine d'expliquer l'exécution forcée de certains actes administratifs à partir de leur nature administrative.

³⁰ Il est révélateur, à cet égard, qu'en défendant la sujétion de l'exécution administrative au droit commun, on ne se soit mis en opposition avec aucun texte de nature législative. Pas même avec les lacunes du droit commun.

³¹ Notamment grâce à l'article 2 du Code judiciaire (eu égard aux règles judiciaires uniquement) qui prévoit la compatibilité nécessaire avec les règles administratives spécifiques pour qu'une disposition du Code judiciaire

étendre le principe aux obligations non pécuniaires, en l'absence d'une dualité de juridictions comme en France, source de cloisonnement³².

De la sorte, le droit commun ouvre des perspectives d'action à l'administration. En même temps, il s'ajoute aux libertés publiques et aux droits individuels pour requérir l'intervention du législateur dans ces "matières", du moins lorsqu'il souhaite autoriser des faits ou des comportements ordinairement interdits par les lois civiles et pénales. Le cas échéant, il doit respecter les principes d'égalité et de non-discrimination, plutôt favorables à l'unité du droit de l'exécution³³.

Troisième résultat, d'ordre plus légistique ou politique. L'analyse des multiples textes de loi établissant le privilège du préalable a conduit à l'élaboration d'une formule type - mais modulable - de nature à guider le législateur³⁴ désireux d'établir le privilège en évitant les erreurs et les oublis. Cette formule est la suivante.

Dans telle hypothèse (h)³⁵, telle autorité (a) ou telle autre en cas d'empêchement³⁶, met en demeure l'intéressé par écrit de se conformer, dans un délai déterminé (d)³⁷, aux instructions qu'elle lui donne et qui sont nécessaires à la réalisation de tel objectif (i). À défaut d'obtempérer dans le délai requis (r) ou lorsque le moindre retard pourrait entraîner un dommage grave et difficilement réparable (e), l'autorité peut exécuter ou faire exécuter les mesures nécessaires, sans l'autorisation préalable du juge, après une dernière sommation, en requérant au besoin la force publique. L'exécution a lieu aux risques et périls de l'intéressé, de même qu'à ses frais, dont le montant peut être réclamé par voie de justice (ou de contrainte³⁸) (n).

Enfin, dernier résultat : au terme de cette relecture civile et judiciaire des privilèges du préalable et de l'exécution d'office, le privilège du préalable, seul vraiment existant en droit positif, peut être défini comme :

trouve à s'appliquer. À noter que la compatibilité des droits privé et administratif a seulement été vérifiée en matière d'exécution. La conclusion sur ce point est donc partielle. Elle ne peut pas être généralisée d'office à l'ensemble des matières administratives. Il faut seulement y voir un indice et l'encouragement à vérifier l'assertion dans les autres domaines, conformément au principe de l'application du droit commun aux autorités administratives imposé par la Constitution. Les matières génériques ou transversales comme la responsabilité et l'exécution en droit privé sont toutefois peu nombreuses. On songe néanmoins à la procédure, à la prescription, ou encore à la relation de travail.

³² Le privilège unique mais commun aux deux sortes d'obligations est un symbole de réunion dans ce cadre. À noter que le droit commun n'est pas nécessairement identique dans les deux cas. Cela dépend de la législation qui peut déroger selon les obligations comme selon les matières.

³³ Le droit commun joue en effet le rôle de standard de référence dans le test de proportionnalité concerné.

³⁴ Voir l'autorité administrative, mais uniquement en vertu d'une délégation précise et limitée, contrairement à ce qu'il est parfois insinué en doctrine.

³⁵ Situation, conditions.

³⁶ Voir de carence.

³⁷ À défaut, l'élément est laissé à la discrétion de la jurisprudence à travers la notion de "délai raisonnable".

³⁸ Voir moyennant caution ou sur présentation d'un état taxé et rendu exécutoire par le juge des saisies.

la dispense parfois accordée par le législateur à une autorité administrative donnée, voire exceptionnellement tolérée par le juge en cas d'urgente nécessité, d'obtenir l'autorisation du juge judiciaire avant de recourir à une mesure d'exécution forcée déterminée sur les biens voire sur la personne d'autrui.

621. Envoi. À la question de savoir pourquoi les administrativistes continuent d'évoquer l'autonomie du droit administratif, pourtant modérée et infidèle à la réalité, C. EISENMANN répondait déjà ce qui suit en 1969.

"On peut penser qu'elle s'explique pour une large part par le goût des positions et des étiquettes simples et tranchantes, tenues pour nécessaires ou très recommandables en tout cas dans des ouvrages destinés par priorité à des étudiants débutants, auquel se joint une manière de foi apriorique dans la valeur des vues devenues plus ou moins classiques, à un certain moment, qui entraîne répugnance à les remettre en cause et à les abandonner décidément, surtout lorsqu'elles paraissent simples et aisées.

Ces tendances sont si fortes qu'il apparaît douteux que l'on puisse espérer qu'intervienne et triomphe dans un avenir proche cette revision des idées qui scientifiquement s'imposerait. Alors qu'au fond, cependant, représentant un degré supérieur d'unification intellectuelle des phénomènes, le schéma dualiste apporte une vue des choses plus simple et claire, parce que plus cohérente, que l'univers compliqué, comme bariolé, des principes et des exceptions"³⁹.

En ce qui concerne les privilèges, pourtant, il faut espérer un changement. "Ce sont des habitudes de pensée et de raisonnement qu'il faut modifier"⁴⁰, en premier lieu dans les ouvrages généraux du droit administratif.

Il faut éviter de "substituer des conceptions abstraites à la réalité"⁴¹, en l'occurrence en présentant le droit administratif autour et à partir de l'idée de privilège⁴². Le système est constitutionnel et légal⁴³ avant d'être doctrinal⁴⁴.

³⁹ C. EISENMANN, in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, T. IV (§ 113), *op. cit.*, 1969, n° 20, pp. 437 et 438. L'auteur évoque encore le double emploi avec les précis de droit privé et le réflexe intellectuel du juge confronté à la compétence du juge administratif et donc au droit administratif (une "formule magique").

⁴⁰ F.-P. BÉNOIT, préface de F. VINCENT, *op. cit.*, 1966, p. 2.

⁴¹ X (M. VAUTHIER), *op. cit.*, R.A., 1921, p. 64; du même auteur, *op. cit.*, R.A., 1921, p. 423, extrait déjà cité à propos de la double personnalité de l'État; comp. M.-A. FLAMME, in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T. III, *op. cit.*, 1973, pp. 478 à 492. À propos des conceptions métaphysiques souvent inextricables, rem. H. BUCH, *op. cit.*, J.T., 1970, p. 739. Il écrit à propos des spécialistes du droit administratif que jusqu'à ces dernières années, ils semblaient "considérer le phénomène administratif avec l'intérêt d'un métaphysicien pour la réalité quotidienne". C'est que "le droit administratif n'est pas seulement destiné à l'excitation intellectuelle des juristes" : C. DEBBASCH, in *Mélanges René Chapus*, *op. cit.*, 1992, p. 133.

⁴² Parmi d'autres, rem. J. VELU, *op. cit.*, T. I, 1986, n° 75, p. 116 (*add.* les privilèges n° 83, pp. 126 et 127) : "les autorités administratives disposent, lorsqu'elles prennent des décisions exécutoires, des privilèges du préalable et de l'exécution d'office". Rapp. G. DUPUIS, *op. cit.*, T. I, 1962, n° 388, p. 548 : l'image imposée par M. HAURIOU dans les premières versions de son précis est demeurée. "L'action fut placée au centre du droit administratif. Le privilège d'action d'office devint un dogme par le jeu des schématisations hâtives et sous l'influence de cette idée dangereuse que le droit administratif est fondamentalement distinct du droit privé, ce qui

À l'invitation de J. RIVERO, "Il s'agit (donc), dans les divers domaines, de reprendre en parallèle l'étude des deux disciplines, afin de marquer, avec plus de rigueur qu'on ne l'a fait jusqu'ici, le point exact où elles divergent (et éviter ainsi les pures logomachies dérogatoires). (...) tant que le publiciste, ou le privatiste, se contentera d'analyser les règles de sa discipline, quitte à les opposer parfois à l'idée qu'il se fait de la discipline voisine, la connaissance de leurs frontières n'avancera guère; car la spécialisation a ses lois, et rares sont ceux qui parviennent à la maîtrise dans leur discipline sans avoir à la payer d'une rançon inévitable : une vue simplifiée - et parfois périmée - de la discipline voisine"⁴⁵.

Au moment de mettre un terme à la présente étude, il faut rappeler que le propre des questions centrales du droit administratif est de concerner une matière immense et presque démesurée dont un ouvrage ne saurait rendre compte ni inclure la totalité des thèmes qui s'y rattachent⁴⁶. Clore une étude, dans ce cadre, ne revient donc pas à clore le débat.

À l'instar de J. BARTHÉLEMY,

"Je ne dissimule aucunement que j'ai posé plus de questions que je n'en ai résolues. Je sais, également, qu'embrassant un nombre considérable de problèmes délicats je courais un danger d'erreur auquel je ne me flatte pas d'avoir complètement échappé. Mais il y a toujours quelque avantage pratique ou scientifique à poser des questions, surtout d'une manière synthétique; et d'autre part, les réflexions que suscite ou les controverses que provoque l'énoncé de théories même fausses sont encore utiles à la science : que dans cette double remarque on veuille bien trouver la justification de cet essai"⁴⁷.

conduit à n'exposer que les règles dérogatoires (ici l'exécution administrative) à l'exclusion de règles communes (ici la sanction judiciaire)".

⁴³ Rem. R. CHINOT, *op. cit.*, 1945, p. 181 : d'un droit d'inégalité à un droit de la légalité; H. BARTHÉLEMY, in *Mélanges Maurice Hauriou*, *op. cit.*, 1929, p. 819 : "si et quand des raisons justifient, pour l'intérêt général, des exceptions aux règles communes, nous y consentons, mais en exigeant qu'on les précise dans des textes spéciaux".

⁴⁴ Comp. J. RIVERO, "Apologie pour les "faiseurs de systèmes"", in *Pages de doctrine*, *op. cit.*, T. I, 1980, pp. 3 à 10.

⁴⁵ J. RIVERO, *op. cit.*, R.D.P., 1953, p. 296, ad.

⁴⁶ Comp. J.-M. AUBY, préface à P. LEWALLE, *op. cit.*, 1975, p. I. Comp. aussi l'avant-propos de M. PÂQUES, *op. cit.*, 1991, p. V : "c'est plus que jamais conscient du péril qu'encourt celui qui aborde les idées générales, que je mets un point à cette contribution qui aidera, peut-être, à d'autres travaux".

⁴⁷ J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, R.D.P., 1912, p. 540. Comp. C. EISENMANN, *op. cit.*, T. I, 1982 (année 1954-1955), (année 1952-1953), p. 761 et l'apport d'éléments de réponse après avoir surtout essayé de déblayer le terrain d'idées fausses mais puissantes qui encombrant la question posée.

ANNEXE Aperçu en législation (échantillon)

Modalités / textes	l'exécution d'office (principe ou en détail)	circonstance	la mise en demeure (notification et délai) ou le refus d'obtempérer	la mise en charge des frais contrainte ?	le respect de la mesure du nécessaire	qui décide ?
loi du 25 juillet 1891 sur la police des chemins de fer, 4	mesure précise	péril (sécurité des trains)	ordre, délai, refus	oui contrainte	impl.	la S.N.C.B.
loi du 10 mars 1925 sur les distributions d'énergie électrique, 14, al. 1 ^{er} , 3 ^o et al. 2	mesure précise (ébranchage)	risque de dégâts ou de courts-circuits	sur refus ou sans suite délai	non	impl.	les décideurs habituels
20	but précis (cesser toute perturbation nuisible)	perturbation ou influence nuisible	à défaut de satisfaisance	oui	mesures jugées nécessaires	
loi du 7 août 1931 sur la conservation des monuments et des sites, 2, al. 2 et 4, al. 2	mesure précise (réaliser des travaux ou les arrêter)	travaux nécessaires travaux entamés	refus d'effectuer les travaux commencement sans autorisation	oui par voie judiciaire	impl.	le gouvernement le gouverneur ou le bourgmestre
loi sanitaire du 1 ^{er} septembre 1945, 2 et 3	type de travaux	en cas d'épidémie ou non	directement ou en cas d'inertie après un an	oui inscription d'office au budget	travaux nécessaires	la députation permanente
R.G.P.T. (1946), 21 et 22	mesures précises	péril (sécurité ou santé des travailleurs ou des voisins)	instructions et refus d'obtempérer	non	(23 : mesures nécessaires à l'arrêt)	le bourgmestre (éventuellement suppléé par le fonctionnaire technique compétent)
loi du 12 juillet 1956 établissant le statut des autoroutes, 11, al. 1 ^{er}	mesure précise (faire supprimer)	non (plutôt lieu)	non	non (au contraire, indemnisation)	non	le ministre

loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, 5 et 7	mesure générale (réquisition)	(protection civile) idem	non non	oui non (au contraire, indemnisation)	non réquisitions nécessaires et pour les besoins de la protection civile	le ministre ou son délégué le bourgmestre ou les officiers des services communaux par délégation
règlement général de police des cours d'eau non navigables (1970), 6	mesure précise	ouvrages dangereux et nuisibles	à défaut d'exécution ou non conforme délai	oui contrainte	travaux qui s'imposent	le ministre de l'agriculture ou la députation permanente (selon la catégorie des cours d'eau)
loi du 2 avril 1971 relative à la lutte contre les organismes nuisibles aux végétaux, 2 (5)	désinfection ou destruction	danger de contamination	(d'abord prescription)	non	non (impl.)	variable mais précis
arrêté royal du 3 mai 1994 relatif à la lutte contre les organismes nuisibles aux végétaux et aux produits végétaux, not. 5	destruction d'office	à défaut de lutte ou de moyens suffisants	(expertise, 8)	oui recouvrement par l'administration communale	non	le service de la protection des végétaux du ministère de l'agriculture, avec l'intervention du bourgmestre
loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, 3, 4 et 10	mesures précises mais diverses	menaces (santé ou sécurité des travailleurs)	impl.	non	mesures adéquates	les inspecteurs sociaux
loi du 18 juin 1979 sur les dignes, 4 et 5	mesure précise (travaux)	(urgence)	avertissement, sauf urgence	au contraire, indemnités	impl.	le ministre
loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, sp. 27	mesure précise (ramené à la frontière, expulsion)	O.Q.T., renvoi, expulsion	refus d'obtenir délai	oui	(détention le temps nécessaire)	le Roi, le ministre ou son délégué
Nouvelle loi communale, 134 et 175	mesure générale (objets multiples)	en cas d'émeutes, de menaces graves et imminentes contre l'ordre public, etc.	non	non	non	le bourgmestre

Aperçu en législation (échantillon)

loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, 26 et s.	mesures précises	circonstances relativement précises	non	non	actes précis	des personnes précises
37	recours à la force	pour poursuivre un objectif légitime qui ne peut être atteint autrement	avertissement, à moins que cela ne rende cet usage inopérant	non	raisonnable et proportionné à l'objectif poursuivi	tout fonctionnaire de police
décret du 27 janvier 1998 instituant une police de la conservation du domaine public routier régional, 5	mesure précise (remise en état)	empiètement ou atteinte nécessités du service public ou urgence	en défaut de s'exécuter	oui pas de contrainte	impl.	le gouvernement wallon

BIBLIOGRAPHIE DE BASE

I. DROIT BELGE

A. Ouvrages généraux, monographies, thèses et actes

ALEN, A., *Rechter en bestuur in het Belgisch publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, 2 T., Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984

ALEN, A., MAST, A., et DUJARDIN, J., *Précis de droit administratif belge*, (11^e éd. par rapport au premier précis d'A. MAST), Bruxelles, Story-Scientia, 1989

BERX, C., *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000

BLÉRO, B. (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)* (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1999

BOES, M., *Preventive rechtsbescherming en bestuurlijke besluitvorming*, I, Leuven, K.U.L., 1975

BOLAND, G., *Le fait et le droit. Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, pp. 175 à 190

BOURQUIN, M., *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912

BROECKX, K., et DIRIX, E., *Beslag*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1992

BRUNO, M.A., *Code administratif de Belgique*, 2 vol., Bruxelles, Hayez, 1842-1844

BUTTGENBACH, A., *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1966

BUTTGENBACH, A., *Les modes de gestion des services publics en Belgique. Essai sur la déconcentration et la décentralisation administratives considérées comme procédés techniques de la gestion des services publics*, Bruxelles, Larcier, 1942

CAMBIER, C., *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, Larcier, 1947

CAMBIER, C., *La censure de l'excès de pouvoir par le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1956

CAMBIER, C., *Principes du contentieux administratif*, 2 T., Bruxelles, Larcier, resp. 1961 et 1964

CAMBIER, C., *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968

CAMBIER, C., *Droit judiciaire civil*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1974

CAPART, M., *Droit administratif élémentaire*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 1950

CLOECKAERT, I., ONDERDONCK, W., VAN MENDEL, A. et WYCKAERT, S., *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gent, Mys & Breesch, 1997

COENRAETS, P., *Le contentieux de la suspension devant le Conseil d'État*, Diegem, Story-Scientia, 1998

DABIN, J., *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1969

DASSESE, M., MINNE, P., et FORESTINI, R., *Droit fiscal. Principes généraux et impôts sur les revenus*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1996

DE BROUCKÈRE, C. et TIELEMANS, F., *Répertoire de l'Administration et du droit administratif de la Belgique*, 8 T., Bruxelles, Weissenbruch, 1834-1856 (incomplet), sp. T. VII, 1846, "Exécution", pp. 161 à 165

DE FOOZ, J.-H.-N., *Le droit administratif belge*, 4 T., Tournai, Casterman, resp. 1859, 1861, 1862 et 1866

DE KEYSER, L., *Legitimatie en gronden voor een directe aanvechting van overheidsdaden. Een vergelijkende studie van het engelse et het belgische recht*, Antwerpen, De Sikkle, 1958

de LEVAL, G., *Traité des saisies (règles générales)*, Liège, Université de Liège, 1988

de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996

DEMBOUR, J., *Les moyens d'action de l'administration*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1967

DEMBOUR, J., *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Faculté de droit et de sciences de Liège, 1978

DEMBOUR, J., *Les pouvoirs de police administrative générale des autorités locales*, Bruxelles, Bruylant, 1956

DÉOM, D., *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964; T. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967

DE TAYE, S. et WEYMEERSCH, W., *Procedures voor de Raad van State*, 2^e éd., Gent, Mys et Breesch, 2000

DE VISSCHERE, F.-E., *Algemene theorie der rechtshandelingen van het openbaar bestuur*, Brussel, Standaard, 1966

DIRIX, E. et BROECKX, K., *Beslag*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1992

DUJARDIN, J., MAST, A. et ALEN, A., *Précis de droit administratif belge*, (11^e éd. par rapport au premier précis d'A. MAST), Bruxelles, Story-Scientia, 1989

DUJARDIN, J., VAN DAMME M. et VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het belgisch administratief recht*, 14^e éd., Bruxelles, Kluwer rechtswetenschappen, 1996

DUMONT, M. (coord.), *Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux*, Bruxelles, Larcier, C.U.P., 1997

ERRERA, P., *Traité de droit public belge. Droit constitutionnel - droit administratif*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918

FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1987

FLAMME, M.-A., *Droit administratif*, 2 T., Bruxelles, Bruylant, 1989

GANSCHOF van der MEERSCH, W.J. (proc. gén.), *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit* (mercuriale), Bruxelles, Bruylant, 1970 et J.T., 1970, pp. 557 à 573 et 581 à 596

GIRON, A., *Le droit administratif de la Belgique*, 2^e éd., 3 T., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1885, sp. T. I, "Exécution des actes administratifs", pp. 237 à 249, n^{os} 213 à 217

GIRON, A., *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, 3 T., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1895, sp. T. II, "Exécution des actes de l'autorité publique", pp. 15 à 22, n^{os} 1 à 15

HAUMONT, F., PAQUES, B. et SCHOLASSE, M., *Les immeubles délabrés. Mesures et contraintes juridiques et administratives*, Fondation Roi Baudouin, 1986

LAGASSE, D., *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986

- LAGASSE, J.-P., *Le référé administratif*, Bruxelles, Formatique, 1992
- LAMBOTTE, C., *La procédure devant le Conseil d'État*, Bruxelles, Némésis, 1987
- LAMBERT, P. (dir.), *Manuel de droit communal*, T. I, Bruxelles, Némésis, 1992
- LAMBRECHTS, W., *Geschillen van bestuur*, 3^e éd., Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988 et *addendum*, 1990
- LANCKSWERDT, E., *Het administratief kort geding*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1993
- Les Nouvelles*, "Droit administratif (les lois politiques et administratives)"
- LEJEUNE, J., *Étude sur la Constitution belge. Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs (interprétation des art. 92, 93, 107 de la Constitution)*, Bruxelles, Decq, 1857
- LEROY, M., *Les règlements et leurs juges*, Bruxelles, Bruylant, 1987
- LEROY, M., *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- LEWALLE, P., *Contribution à l'étude de l'application des actes administratifs unilatéraux dans le temps*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1975
- LEWALLE, P., *Le référé administratif*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1993
- LEWALLE, P., de LEVAL, G. et STORME, M., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- LEWALLE, P., *Contentieux administratif*, Liège, Faculté de droit de Liège, 1997
- LINDEMANS, D., *Kort geding*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985
- MARCO, R., *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, Sirey, Bruxelles, Larcier, 1911
- MAROY, P., *Application des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Institut belge des sciences administratives, 1961
- MAST, A., *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1966
- MAST, A., ALEN, A. et DUJARDIN, J., *Précis de droit administratif belge*, (11^e éd. par rapport au premier précis d'A. MAST), Bruxelles, Story-Scientia, 1989
- MOUREAU, L., *Cours de droit administratif*, Liège, Desoer, 1935

- ONDERDONCK, W., CLOECKAERT, I., VAN MENSEL, A. et WYCKAERT, S., *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gent, Mys & Breesch, 1997
- OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992
- OPDEBEEK, I. (éd.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1993, pp. 1 à 26
- ORBAN, O., *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Dewit, 1909
- ORBAN, P.-M., *La responsabilité des pouvoirs publics devant la doctrine et la jurisprudence belges*, Paris, De Boccard, 1931
- ORIANNE, P., *Les conflits d'application entre le droit privé et le droit public, spécialement en matière économique*, Centre interuniversitaire de droit public, 1984
- Pandectes belges*, 1878-1909, sp. "Acte administratif", "Compétence respective", "Jurisdiction (administrative)", "Pouvoir (administratif)"
- PAQUES, B., HAUMONT, F. et SCHOLASSE, M., *Les immeubles délabrés. Mesures et contraintes juridiques et administratives*, Fondation Roi Baudouin, 1986
- PÂQUES, M., *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991
- PERELMAN, C. (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965
- PERELMAN, C. (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968
- QUERTAINMONT, P., *Droit administratif de l'économie*, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 1996
- RÉMION, F.-E., *Le Conseil d'État, ses compétences, son avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1990
- RIGAUX, F., *Précis de droit international privé*, T. I, Bruxelles, Larcier, 1987
- R.P.D.B., sp. "Exécution des jugements et des actes en matière civile" et "Pouvoirs en général"
- SALMON, J., *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Bruylant, 1994
- SAROT, J., *Contentieux administratif*, 3^e éd., 3 T., Bruxelles, P.U.B., 1977-78
- SCHOLASSE, M., HAUMONT, F. et PAQUES, B., *Les immeubles délabrés. Mesures et contraintes juridiques et administratives*, Fondation Roi Baudouin, 1986
- SOHIER, J., *Les procédures au Conseil d'État*, Diegem, Kluwer, 1998

- SOMERHAUSEN, M., *Droit administratif*, 4^e éd., Bruxelles, P.U.B., 1966
- STORME, M., de LEVAL, G. et LEWALLE, P., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- TIELEMANS, F. et DE BROUCKÈRE, C., *Répertoire de l'Administration et du droit administratif de la Belgique*, 8 T., Bruxelles, Weissenbruch, 1834-1856 (incomplet), sp. T. VII, 1846, "Exécution", pp. 161 à 165
- VAN DAMME M., DUJARDIN, J. et VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het belgisch administratief recht*, 14^e éd., Bruxelles, Kluwer rechtswetenschappen, 1996
- VANDE LANOTTE, J., *De schorsingsbevoegdheid van de Raad van State*, Seminaris, R.U.G., 1990
- VANDE LANOTTE, J., DUJARDIN, J. et VAN DAMME M., *Overzicht van het belgisch administratief recht*, 14^e éd., Bruxelles, Kluwer rechtswetenschappen, 1996
- VANDER STICHELE, A., *La notion d'urgence en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986
- VAN MENDEL, A., CLOECKAERT, I., ONDERDONCK, W. et WYCKAERT, S., *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gent, Mys & Breesch, 1997
- van OVERLOOP, I., *Exposé des motifs de la Constitution par un docteur en droit*, Bruxelles, Goemaere, 1864
- VAUTHIER, M., *Précis du droit administratif de la Belgique*, 3^e éd., T. I, Bruxelles, Larcier, 1950 (l'édition est remise à jour par Marcel et non Maurice VAUTHIER)
- VELAERS, J., *De Grondwet en de Raad van State Afdeling wetgeving*, Antwerpen, Maklu, 1999
- VELU, J., *Droit public*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1986
- VERHAEGEN, J., *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, Bruylant, 1969
- VRANCKX, A., *Administratieve rechtshandelingen, Adm. lexicon*, 1961
- VUYE, H., *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Brugge, die Keure, 1995
- WÉRY, P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993
- WIGNY, P., *Droit administratif (Principes généraux)*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962

- WILKIN, R., *L'administration publique belge*, Bruxelles, Bruylant, 1958
- WODON, L., *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles, Lamertin, Paris, Rivière, 1920
- WODON, L., *Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1942
- WYCKAERT, S., CLOECKAERT, I., ONDERDONCK, W. et VAN MENDEL, A., *De administratieve rechtshandeling. Een proeve*, Gent, Mys & Breesch, 1997
- WEYMEERSCH, W. et DE TAEYE, S., *Procedures voor de Raad van State*, Gent, Mys et Breesch, 2000
- X. (un membre du Congrès qui a fait partie de la section centrale nommée pour l'examen du projet de constitution), *Dans quels cas l'autorité judiciaire peut-elle arrêter les excès de pouvoirs de la puissance exécutive ?*, Bruxelles, Remy, 1834
- B. Articles, rapports, chroniques, notes, observations, examens de jurisprudence, conclusions du Ministère public**
- A.C., obs. sous C.E., a.s.b.l. Fédération royale des Notaires de Belgique et crts, n° 24.601, 10 juillet 1984, *Rec. gén. enr. not.*, n° 23.145, pp. 65 et 66
- ALEN, A., "De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet", *R.W.*, 1983-1984, col. 1729 à 1756
- ANDERSEN, R., "Crise du juge et contentieux administratif en droit belge", in J. LENOBLE (éd.), *La crise du juge*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 107 à 135
- ANDERSEN, R. et NIHOUL, P., "Le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence 1994 (Première partie)", *R.B.D.C.*, 1995, sp. pp. 191 et 192
- ANDERSEN, R., "Les principes généraux de la procédure d'élaboration de la décision administrative en droit administratif belge", *R.E.D.P.*, 1993, pp. 137 à 153
- BAERT, K., "De rechter en de overheid", *T.B.P.*, 1981, pp. 43 à 58
- BAERT, K., "Opschorsing van administratieve beslissingen", *T.B.P.*, 1983, pp. 112 à 126
- BAETEMAN, G., "Recente hervormingen m.b.t. de werking en de bevoegdheid van de Raad van State", in *Liber amicorum Paul De Vroede*, T. I, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1994, pp. 23 à 40

BALTUS, M., "Aperçu de l'application du Code judiciaire en matière fiscale", *Journ. prat. dr. fisc.*, 1968, pp. 33 à 40

BATSELÉ, D. et DAURMONT, O., "1985-1989 : cinq années de jurisprudence du Conseil d'État relative aux principes généraux du droit administratif", *A.P.T.*, 1990, pp. 262 à 310

BLÉRO, B., "Du contentieux de la suspension et des autres mesures provisoires organisé par la loi du 19 juillet 1991" (jurisprudence commentée), *A.P.T.*, 1993, pp. 126 à 147

BLÉRO, B., "Du droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir", thèse, U.L.B., 1998, résumée in *C.D.P.K.*, 1998, pp. 151 à 157

BLÉRO, B., "L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire", in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 203 à 268

BLOCK, A., "Hoe verhouden zich de schorsing door de Raad van State en het kort geding", *T.B.P.*, 1990, pp. 748 et 749

BOCKEN, H., "Herstel in natura en rechtelijk bevel of verbod. (Nog) enkele bedenkingen bij het cassatie-arrest van 26 juni 1980", in *Liber amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, pp. 493 à 511 (note sous Cass., 26 juin 1980)

BOES, M., "De authentieke akte in administratieve vorm", note sous C.E., a.s.b.l. Fédération royale des Notaires de Belgique et crts, n° 24.601, 10 juillet 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 549 et 550

BOES, M., "Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing", in *Liber amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, pp. 1 à 10

BOES, M., "Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing", *R.W.*, 1986-1987, col. 1249 à 1260

BOES, M., "Het gewone kort geding en administratief kort geding, noot onder Cass., 27 november 1992, *R. Cass.*, 1993, p. 49

BOIGELOT, E., "Le titre exécutoire non judiciaire en droit social (Essai d'aperçu général)", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*, Le titre exécutoire non judiciaire (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 107 à 132

BOLCA, M., "La suspension par le Conseil d'État de l'exécution d'un acte administratif", *Rev. dr. rural*, 1990, pp. 93 à 98, et 1991 (*add.* "Modification de l'arrêté de procédure"), pp. 247 à 252

BOUCQUEY-RÉMION, V. et DELPÉRIÉE, F., "Liberté, légalité et proportionnalité", in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982 et *A.P.T.*, 1980, pp. 286 à 294

BOURS, J.-P. et PIROTTE, N., "Le titre exécutoire en droit fiscal", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*, Le titre exécutoire non judiciaire (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 79 à 106

BOUVIER, P., "Le référé administratif", *Droit communal*, 1994, pp. 201 à 228

BROECKX, K. et LEDOUX, J.-L., "La force exécutoire de l'acte notarié", *Journées notariales*, Louvain, Academia-Bruylant, 1992, pp. 167 à 207

BROECKX, K., "De notariële akte als uitvoerbare titel : voorwaarden voor gedwongen tenuitvoerlegging en mogelijkheden tot schorsing", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*, Le titre exécutoire non judiciaire (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 13 à 52

BROECKX, K., "De executie", in de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 292 à 300

BROECKX, K., "De uitvoerbare titel", in Formation permanente des huissiers de justice, *Droit de l'exécution*, Diegem, Story-Scientia, 1996, pp. 233 à 291

BUCH, H., "Le contrôle juridictionnel des actes administratifs", *J.T.*, 1957, pp. 1 à 5

BUCH, H., "Le droit et le fait dans la jurisprudence du Conseil d'État", *J.T.*, 1959, pp. 125 à 130

BUCH, H., "Les lacunes en droit administratif", in PERELMAN, C. (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 441 à 462

BUCH, H., "La règle de droit en droit administratif", *J.T.*, 1970, pp. 737 à 743

BUCH, H., "À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs", in *Miscellanea W.J.G. van der Meersch*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 417 à 434

CAMBIER, C., "Le Conseil d'État et la règle de droit", *J.T.*, 1952, pp. 113 à 118 et 130 à 133

CAMBIER, C., "Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité", *J.T.*, 1952, pp. 633 à 637 et 651 à 654

CAMBIER, C., "Le Conseil d'État et le contrôle de l'observation des formes légales", *J.T.*, 1953, pp. 369 à 373 et 390 à 396

CAMBIER, C., "L'illégalité pour cause d'incompétence", *J.T.*, 1954, pp. 345 à 350 et 361 à 366

CAMBIER, C., "Le contrôle de la légalité interne des actes de l'administration", *J.T.*, 1955, pp. 49 à 55 et 69 à 74

CAMBIER, C., "Le projet gouvernemental de réforme du Conseil d'État", *J.T.*, 1963, pp. 397 et 398

CAMBIER, C., "La puissance publique en question ou l'empire éclaté", in *Écrits de Cyr Cambier*, Faculté de droit U.C.L., 1984, pp. 300 à 305 et *J.T.*, 1982, pp. 214 et 215

CAMBIER, C., "Propos sur le Conseil d'État", *Ann. dr. Louvain*, 1959, pp. 49 à 65 et in *Écrits de Cyr Cambier*, Faculté de droit U.C.L., 1984, pp. 41 à 55

CAMBIER, C., "Au-delà et en deçà de la juridiction", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 453 à 473

CASTERS-VAN THEMISCHE, H., "Actes notariés et actes administratifs de gestion économique", *Rev. not. belge*, 1967, pp. 449 à 457

CHARLIER, P., "La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge", *J.T.*, 1980, pp. 145 à 151

CHARLIER, P., "Le contrôle juridictionnel exercé sur l'administration en droit belge", *R.R.D.*, 1983, pp. 7 à 16

CLOSSET-MARCHAL, G., "Le référé aujourd'hui", *Ann. dr. Liège*, 1986, pp. 310 à 317

CLOSSET-MARCHAL, G., "Les saisies - généralités : questions d'actualité", in C.U.P., *Droit de l'exécution*, 1997, pp. 5 à 29

CONRADT, J., "Les principes de bonne administration dans la jurisprudence du Conseil d'État", *A.P.T.*, 1999, pp. 262 à 286

DAURMONT, O. et BATSELÉ, D., "1985-1989 : cinq années de jurisprudence du Conseil d'État relative aux principes généraux du droit administratif", *A.P.T.*, 1990, pp. 262 à 310

DAURMONT, O., "Le Conseil d'État, juge naturel de l'administration", in *L'administration en 7 questions* (actes de journée d'études), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 109 à 138

DEBAEDTS, F., "De algemene rechtsbeginselen in het administratief recht", *T.B.P.*, 1988, pp. 641 à 652

DE BRABANDERE, J., auditeur, extraits de son rapport non conf. préc. C.E., a.s.b.l. Fédération royale des Notaires de Belgique et crts, n° 24.601, 10 juillet 1984, *Rev. not. belge*, 1985, pp. 367 à 404

de BROGLIE (duc), "Droit administratif. Principes fondamentaux", *Revue française*, 1828, reproduit in *Revue des revues de droit*, 1839, pp. 1 à 24 et réponse sous forme d' "Entretien de M. HENRION de PANSEY", pp. 115 à 130, "Contenant un examen critique des principes émis sur les tribunaux administratifs par M. le duc de Broglie"

DE CONINCK L., et WITMEUR, R., "Aspects actuels du référé administratif", in C.U.P., *Les procédures en référé*, 1998, pp. 100 à 134

DE FAYS, E., "Le notariat d'État. Authenticité et force exécutoire des actes administratifs de gestion économique", *Rec. gén. enr. not.*, 1942, n° 18.324, pp. 337 à 370

de GERLACHE (pr. prés.), séance d'installation de la Cour de cassation (discours), *Bull.*, 1833, pp. 16 à 19

de LEVAL, G. et VAN COMPERNOLLE, J., "Aperçu des règles communes aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution", in FETTWEIS, A., et GUTT, E. (dir.), *Les voies conservatoires et d'exécution*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 9 à 82

de LEVAL, G. et VAN COMPERNOLLE, J., "L'évolution du référé : renouveau ou mutation ?", *J.T.*, 1985, pp. 517 à 525

DE LEVAL, G. et VAN COMPERNOLLE, J., "Le référé en sursis ?", in Jeune barreau de Liège, *L'administration face à ses juges*, 1987, pp. 189 à 212

de LEVAL, G., "La force exécutoire de l'acte notarié", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*, Le titre exécutoire non judiciaire (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 133 à 155

de LEVAL, G. et PARTSCH, P.-E., "Le droit belge : recherche en vue d'une amélioration générale du droit des saisies, face au phénomène social du surendettement et compte tenu des règles consacrées par le droit des États membres de la Communauté européenne", *Act. dr.*, 1995, pp. 553 à 626

DELGRANGE, X., "La nouvelle procédure de suspension devant le Conseil d'État. Un pas quasi involontaire dans la bonne direction", *R.R.D.*, 1990, pp. 39 à 48

DELPÉRÉE, F., "La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration", *R.C.J.B.*, 1983, pp. 173 à 199 (note sous Cass., 26 juin 1980)

DELPÉRÉE, F. et BOUCQUEY-RÉMION, V., "Liberté, légalité et proportionnalité", in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982 et *A.P.T.*, 1980, pp. 286 à 294

DELPÉRÉE, F., "L'administration responsable : unité ou diversité ?", in Jeune Barreau de Bruxelles, *Responsabilité et réparation des dommages*, 1983, pp. 85 à 112

DELPÉRÉE, F., "Constitution et administration en Belgique", in C. DEBBASCH (dir.), *Constitution et administration en Europe*, Paris, C.N.R.S., 1994, p. 119

DELPÉRÉE, F., "La constitutionnalisation de l'ordre juridique belge", *R.B.D.C.*, 1998, pp. 219 à 232

DELVA, J., "Het rechtstreeks bestrijden van overheidsdaden voor de burgerlijke rechtscollages", *T.P.R.*, 1967, pp. 383 à 501

DELVA, J., "Civielrechtelijke aspecten van de overheidsaansprakelijkheid" (Preadvies), *R.W.*, 1977-1978, col. 2343 à 2407

DELWAIDE, H. et ERGEC, R., "Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite ?", *J.T.*, 1995, pp. 713 à 717

DE MEYER, J., "Over de bevoegdheid van de burgerlijke rechter en van de Raad van State in zaken van herstelvergoeding", *R.W.*, 1949-1950, col. 1169 à 1184

DEMBLON, J., "La fonction notariale", *Rép. not.*, T. XI, L. V, 1992

"De notariële akte en de akte in administratieve vorm", Actes du XXVI^e Wetenschappelijk Rechtscongres ingericht door de Vlaamse Juristenvereniging, "De jurist in de maatschappij van morgen", *R.W.*, 1973-1974, col. 1993 à 2032, avec les contributions de resp. H. MICHIELS, J. DE VROE, M. BOES et A. DE BOUNGNE

DENYS, M., "Vijftig jaar later. De evolutie van de overheidsaansprakelijkheid in België en in het communautair recht" (discours), *R.W.*, 1970-1971, col. 825 à 834

DÉOM, D., "De la réparation du préjudice causé par les pouvoirs publics", *A.P.T.*, 1981, pp. 127 à 131 (note sous Cass., 26 juin 1980)

DEROOVER, W. et SAROT, J., "Le droit de la défense devant l'administration et le juge de celle-ci", *A.P.T.*, 1984, pp. 193 à 204

DE VISSCHERE, F., "De controle van de burgerlijke rechter op de handelingen van het bestuur", in *Jaarboek van het Vlaams Rechtsgenootschap*, Leuven, 1960, pp. 63 à 91

DE VISSCHERE, F., "Gaait de burgerlijke rechtspraak naar een ruimer interpretatie van artikel 107 van de Grondwet ?", *T.B.P.*, 1960, pp. 319 à 325

DE VISSCHER, F., "Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration. À propos de l'arrêt du 26 juin 1980 de la Cour de cassation", *J.T.*, 1981, pp. 682 à 684

DE VISSCHER, P., compte-rendu du précis de C. CAMBIER (contentieux administratif, T. I), *R.J.D.A.*, 1961, pp. 156 à 159

DE VROE, J. et VAN HEE, Z., "Le rôle social du notaire vis-à-vis de l'État", in *Congrès des Notaires de Belgique*, Gembloux, Duculot, 1957, trad. fr., pp. 291 à 310

DHONDT, J., "Artikel 107 van de Grondwet en de onaantastbaarheid van onregelmatige administratieve rechtshandeling", *T.B.P.*, 1990, pp. 563 et 564

DONY, M., "L'interdiction totale des voies d'exécution à l'égard des personnes publiques est-elle justifiée ?", *A.P.T.*, 1985, pp. 82 à 96

DOR, G., "Les conquêtes du droit public sur le domaine du droit privé en Belgique", in *Recueil d'études en l'honneur d'E. LAMBERT*, T. III, Paris, L.G.D.J., 1938, pp. 166 à 185 (concernant plutôt l'interventionnisme public en droit privé)

DOYEN, C., "Le référé et l'administration. Exposé de jurisprudence", in Jeune barreau de Liège, *L'administration face à ses juges*, 1987, pp. 169 à 188

DUMON, F., "La mission des cours et tribunaux. Quelques réflexions" (mercuriale), *J.T.*, 1975, pp. 542 à 571

DUMONT, M., "Le référé administratif", *M.C.*, 1991, pp. 413 et 414

DUSSARD-BRACKENIERS, P., "La résistance individuelle aux actes illégaux de l'autorité", *R.R.D.*, 1983, pp. 107 à 125

ERGEC, R. et DELWAIDE, H., "Les entreprises publiques peuvent-elles être déclarées en faillite ?", *J.T.*, 1995, pp. 713 à 717

ERGEC, R., "De quelques interactions entre le droit public et le droit des sociétés", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 853 à 873

FLAMME, M.-A., "Les contrats administratifs. Esquisse d'une étude comparative", *R.J.D.A.*, 1960, pp. 223 à 239

FLAMME, M.-A., "Le droit administratif à l'épreuve de la doctrine", *J.T.*, 1969, pp. 185 à 191

FLAMME, M.-A., "Vers la codification de la procédure administrative", *R.A.*, 1970, pp. 221 à 244

FLAMME, M.-A., "Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'administration", *J.T.*, 1972, pp. 417 à 423

FLAMME, M.-A., "Service public et puissance publique. Mythes ou réalités ?", in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 477 à 492

FLAMME, M.-A., "Les mesures d'office et le privilège du préalable", obs. sous Cass., 20 mai 1994, *Entr. dr.*, 1995, pp. 377 à 380

FRANCHIMONT, M., "Exposé de synthèse", in de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *op. cit.*, 1996, pp. 381 à 386

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., "Existe-t-il des droits administratifs et sociaux distincts des droits politiques et dépourvus des garanties constitutionnelles", concl. préc. Cass., 21 décembre 1956, *J.T.*, 1957, pp. 49 à 62

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.-J. et SAROT, J., "Les renonciations au bénéfice de la législation en droit public belge", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit public*, Travaux, T. XIII, Paris, Dalloz, 1960, pp. 567 à 610

GANSHOF van der MEERSCH, W.J., "Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 569 à 614

GENOT, V., "De la réforme du contentieux administratif en Belgique", *B.J.*, 1931, col. 449 à 494

GÉRARD, P., "Les spécificités de la procédure administrative", in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 379 à 424

GIJSSELS, J., "Algemene rechtsbeginselen" zijn nog geen recht", in VAN HOECKE, M. (éd.), *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, pp. 29 à 58 et *R.W.*, 1988-1989, pp. 1105 à 1116

GILISSEN, J., "La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence", *Res publica*, 1968, pp. 107 à 141

GILLES, A.-M., "La voie de fait administrative", *J.T.*, 1959, pp. 378 à 381

GILLIAUX, P., "Le temps, le Conseil d'État et Strasbourg", *A.P.T.*, 1994, pp. 24 à 38

GILLIAUX, P., "Le régime juridique des circonstances absolutoires d'illégalité en droit public", avis préc. C.E., Dufour, n° 44.967, 23 novembre 1993, *A.P.T.*, 1994, pp. 56 à 61

GILLIAUX, P., "Les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux administratif", in de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 347 à 371

GOFFAUX, P. et STRANART, A.-M., "L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire", *J.T.*, pp. 437 à 447

GOFFAUX, P., "De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État", in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 31 à 64

GONTHIER, E. et WITMEUR, R., "Les mesures provisoires et conservatoires dans la procédure administrative", in de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 322 à 337

GOOSSENS, C., "Recherche sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs", *Ann. fac. dr. Liège*, 1960, pp. 145 à 285

GOTHOT, P., "Des conditions auxquelles une décision étrangère peut fonder, en Belgique, une exception de chose jugée", note sous Cass., 29 mars 1973, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 544 à 576

GOVAERT, J., "De schorsingsbevoegdheid van de Raad van State en de schending van de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet", *R.W.*, 1989-1990, pp. 1451-1459

HANOTIAU, M., "Les particularités de la procédure devant la section d'administration", in *Liber Memorialis 1948-1998*, Gent, Mys & Breesch, 1999, pp. 211 à 215

HAUBERT, B., "La nouvelle procédure de suspension devant le Conseil d'État", in *L'avènement des communautés et des régions*, Bruxelles, De Boeck, 1990, pp. 67 à 98

HAUBERT, B., "La nouvelle procédure de suspension par le Conseil d'État des actes attaqués devant lui", *J.L.M.B.*, 1990, pp. 182 à 198 (sommaires)

HAUBERT, B., "Le référé administratif : un an de jurisprudence", *R.R.D.*, 1992, pp. 367 à 402

HENNAU, C. et VERHAEGEN, J., "Dédutions injustifiables ou les vices de logique ? Une censure controversée", *J.T.*, 1996, pp. 269 à 279

HENRY, P., "Le référé administratif", in C.U.P., *Droit administratif et constitutionnel*, 1995, pp. 181 à 212

HOEFFLER, J., "Les antinomies en droit public", in PERELMAN, C. (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 177 à 182

HOREVOETS, C., "Les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements, et leurs effets", *C.D.P.K.*, 1998, pp. 407 à 423

HUBERLANT, C., "Le Conseil d'État et la compétence générale du pouvoir judiciaire établie par les articles 92 et 93 de la Constitution", *J.T.*, 1960, pp. 73 à 79, 94 à 100, 109 à 117, 133 à 138 et 151 à 155

HUBERLANT, C., "Le droit administratif belge comprend-t-il des principes généraux non écrits ?", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 661 à 690

HUBERLANT, C., "Antinomies et recours aux principes généraux", in PERELMAN, C. (éd.), *Les antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 204 à 236

HUBERLANT, C., note préliminaire à BUFFELAN, J.-P., "Les grandes théories de base du droit administratif français", *R.J.D.A.*, 1967, pp. 233 à 239

HUBERLANT, C., "Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi", in PERELMAN, C. (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 31 à 66

HUBERLANT, C., rapport préc. C.E., Dewolf, n° 14.797, 4 juin 1971, *R.J.D.A.*, 1972, p. 58

HUBERLANT, C., "Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique", in *Rapport belge au IX^e congrès international de droit comparé (Téhéran)*, Bruxelles, 1974, pp. 459 à 487

HUBERLANT, C., "Le problème du sursis à exécution des décisions administratives en Belgique", *R.J.D.A.*, 1975, pp. 81 à 118

JADOT, B., "Le sursis à exécution face aux prérogatives de l'administration", *A.P.T.*, 1982, pp. 244 à 284

JADOT, B., "Le pouvoir de suspendre l'exécution d'actes administratifs, reconnu au Conseil d'État par la loi du 16 juin 1989", *Ann. dr. Louvain*, 1990, pp. 235 à 275

JAUMOTTE, J., "Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative", in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 593 à 697

JONGEN, F., "L'article 94 du Règlement de procédure devant le Conseil d'État, ou le privilège du manifeste", *A.P.T.*, 1995, pp. 173 à 189

JOTTRAND, J.-M., "De la compétence du juge des référés pour ordonner le sursis d'une mesure administrative attaquée devant le Conseil d'État", obs. sous Mons, 27 mars 1985, *Entr. dr.*, 1987, pp. 123 à 127

KOHL, A., "Le Code judiciaire, droit commun de la procédure", *Ann. fac. dr. Liège*, 1975, pp. 401 à 538

KRINGS, E., "Het kort geding naar belgisch recht", *T.P.R.*, 1991, pp. 1059 à 1082

LAGASSE, D., "Le contrôle du pouvoir "discrétaire" de l'administration par le juge", in *Jeune barre de Liège, L'administration face à ses juges*, 1987, pp. 109 à 168

LAGASSE, D., "L'évolution du contrôle des actes administratifs discrétionnaires par le Conseil d'État de 1971 à 1986", *A.P.T.*, 1987, pp. 216 à 241

LAGASSE, D., "L'intervention du juge en droit administratif", *D.A.O.R.*, 1989, pp. 73 à 85 (n° 10 : "L'entreprise économique sous tutelle judiciaire ?")

LAGASSE, D., "La loi du 19 juillet 1991 instituant un référé administratif devant le Conseil d'État a-t-elle modifié la compétence du juge judiciaire des référés ? Ou le curieux renouveau de la théorie de la voie de fait administrative", obs. sous civ. Namur (réf.), 5 mai 1992, *J.T.*, 1993, pp. 8 à 11

LAGASSE, D., "La contribution du juge des référés administratifs à la réparation des préjudices causés par les actes administratifs", in *Mélanges Roger O. Dalq*, Responsabilité et assurances, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 329 à 348

LAGASSE, D., "L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'État devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de la légalité administrative sur le principe de la sécurité juridique", note sous Cass., 9 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 265 à 289

LAMBRECHTS, W., "De verbetering van het administratief contentieux", *R.W.*, 1977-1978, col. 2331 à 2342

LAMBRECHTS, W., "Raad van State, waarheen ?", *R.W.*, 1970-1971, col. 241 à 258

LAMBRECHTS, W., "De overheidsaansprakelijkheid van 1963 tot 1980", *T.B.P.*, 1981, pp. 114 à 126

LEBOUTTE, J.-M., obs. sous C.E., a.s.b.l. Fédération royale des Notaires de Belgique et crts, n° 24.601, 10 juillet 1984, *M.C.*, 1984, pp. 278 et 279

LECLERCQ, M.-N.-J., "Un chapitre du droit constitutionnel des Belges", *B.J.*, 1889, col. 1265 à 1307

LECLERCQ, P., "Propos constitutionnels" (discours de rentrée), *B.J.*, 1929, col. 161 à 192

LEDoux, J.-L., "Chronique de jurisprudence. Les saisies", *J.T.*, 1989, p. 614, n° 5

LEDOUX, J.-L. et BROECKX, K., "La force exécutoire de l'acte notarié", *Journées notariales*, Louvain, Academia-Bruylant, 1992, pp. 167 à 207

LEMMENS, P., "Le contentieux administratif : fondements et développements", in Jeune barreau de Liège, *Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, Liège, 1990, pp. 19 à 62

LEROY, M. et TAPIE, P., "L'évolution du contentieux administratif en Belgique", *J.T.*, 1982, pp. 222 à 226

LEROY, M., "Aux confins des compétences judiciaire et administrative", *A.P.T.*, 1988, pp. 141 à 156

LEROY, M., "Balance des intérêts, démocratie et mégalomanie", in *La République des juges*, Ed. du jeune barreau de Liège, 1997, pp. 23 à 32 et la réponse de OST, F., "L'étrange thérapie du conseiller Leroy", *Journal des procès*, 1997, pp. 10 et 11

LEURQUIN-DE VISSCHER, F., "Principes, principes généraux et principes fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", *Ann. dr.*, 1996, pp. 275 à 288

LEVERT, P., "Référé administratif", *Amén.*, "Référé urbanisme et environnement", 1993, pp. 2 à 16

LEWALLE, P., "Une adjonction nécessaire aux compétences du Conseil d'État : le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution", *Ann. fac. dr. Liège*, 1975, pp. 289 à 311

LEWALLE, P., "La responsabilité des pouvoirs publics en droit belge : antécédents et perspectives", in Jeune barreau de Liège, *L'administration face à ses juges*, 1987, pp. 3 à 63

LEWALLE, P., "Le référé administratif", in "Les procédures d'urgence", *Actualités du droit*, 1992, pp. 893 à 1002

LEWALLE, P., "Le référé judiciaire et le référé administratif : une délicate mise en phase", obs. sous Liège, 2 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, pp. 927 à 933

LEWALLE, P., "Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif. Un équilibre introuvable ?", in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 231 à 254

LHOEST, A. et ORBAN, O., "Des actes en forme administrative" (dissertation), *Rev. not. belge*, 1901, pp. 481 à 506

LINDEMANS, D., "Juridictioneel 'monisme' inzake voorlopige voorzieningen ?", in de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 338 à 346

LOMBAERT, B., "Ordre illégal et obéissance hiérarchique dans le droit disciplinaire de la fonction publique", *J.T.*, 1998, pp. 265 à 272

MARCHAL, P., "Les référés", *Répertoire notarial*, T. XV, Livre XXIV, Bruxelles, Larcier, 1992

MARTENS, P., "L'exécution provisoire en matière patrimoniale", *Ann. fac. dr. Liège*, 1983, pp. 179 à 213

MARTENS, P., "La peur du juge", in Jeune barreau de Liège, *Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, Liège, 1990, pp. 231 à 256

MARTENS, P., "Le sursis à exécution des actes administratifs : solutions nouvelles et problèmes nouveaux", obs. sous Bruxelles, 29 mars 1990 (réf.), *J.L.M.B.*, 1990, pp. 917 à 920

MAST, A.-J., "Les fondements constitutionnels de la juridiction administrative", *R.J.D.A.*, 1956, pp. 81 à 94

MATTHIJS, J., "Répercussions et innovations du Code judiciaire dans diverses branches du droit privé et du droit public", *J.T.*, 1969, pp. 21 à 27, 39 à 46 et 58 à 62, également publié in *R.W.*, 1968-1969, pp. 97 à 126 et 145 à 161

MATTON, H., "La Cour des comptes de Belgique et le droit administratif", *R.I.S.A.*, 1955, pp. 671 à 701

MERTENS, J., "Omtrek van het administratief recht", *T.B.P.*, 1951, pp. 343 à 349

MEYERS, A., "La compétence des tribunaux et l'administration", *B.J.*, 1922, col. 65 à 89

MOREAU-MARGRÈVE, I., "Principes généraux", in C.I.E.A.U., *Dix ans d'application de l'astreinte*, Actes de colloque, Bruxelles, Créadif, 1991, pp. 12 à 18

MOUREAU, L., "Le système belge du contentieux administratif d'après le droit comparé", *R.A.*, 1935, p. 155

MOUREAU, L. et VAUTHIER, M., "Étude sur l'influence exercée, en Belgique, par le Conseil d'État de France", in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 481 à 491

MOUREAU, L., "Notion et spécificité du contentieux administratif", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 179 à 196

MOUREAU, L., "La signification du principe de légalité dans l'administration moderne", *A.P.T.*, 1980, pp. 282 à 285

NEURAY, J.-F., "L'avenir du référé administratif. Considérations sur la loi du 19 juillet 1991 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'État", in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à M. J. Velu*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 679 à 708

NIHOUL, M., "L'exécution d'office d'une décision communale visant l'enlèvement d'un panneau d'affichage", note sous Cass., 20 janvier 1994, *Droit communal*, 1994, pp. 229 à 243

NIHOUL, M., "Les agents contractuels et les missions de police judiciaire et/ou administrative : l'eau et le feu ?", note sous S.L.C.E., avis n° A.78.976/VIII-9-1213 sur une demande formulée le 12 juin 1998, par le Ministre de la santé publique, en application de l'article 9 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, *C.D.P.K.*, 1999, pp. 287 à 289

NIHOUL, P. et ANDERSEN, R., "Le Conseil d'État. Chronique de jurisprudence 1994 (Première partie)", *R.B.D.C.*, 1995, sp. pp. 191 et 192

NIHOUL, P., "Dans l'attente des tribunaux administratifs ... La loi du 4 août 1996 modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973", *J.T.*, 1997, pp. 833 à 840

OCKRENT, R., "Utilisation de la jurisprudence du Conseil d'État de France en Belgique", *R.A.*, 1937, pp. 347 à 365 et 428 à 443

ORBAN, O. et LHOEST, A., "Des actes en forme administrative" (dissertation), *Rev. not. belge*, 1901, pp. 481 à 506

OST, F., "L'étrange thérapie du conseiller Leroy", *Journal des procès*, 1997, pp. 10 et 11, réponse à LEROY, M., "Balance des intérêts, démocratie et mégalomanie", in *La République des juges*, Ed. du jeune barreau de Liège, 1997, pp. 23 à 32

PANIER, C., "Vive le régime judiciaire !", obs. sous Cass., 5 novembre 1920, *J.L.M.B.*, 2000, pp. 26 et 27

PÂQUES, M., "Journée d'étude sur le référé à l'U.I.A.", *Ann. fac. dr. Liège*, 1986, pp. 85 à 90

PÂQUES, M., "L'ordre administratif d'interrompre les travaux et la compétence du président du tribunal", obs. sous civ. Liège (réf.), 6 mars 1986, *Amén.*, 1986, pp. 116 à 121

PÂQUES, M., "Acte administratif et acte authentique", *A.P.T.*, 1996, pp. 90 à 108

PARTSCH, P.-E. et de LEVAL, G., "Le droit belge : recherche en vue d'une amélioration générale du droit des saisies, face au phénomène social du surendettement et compte tenu des règles consacrées par le droit des États membres de la Communauté européenne", *Act. dr.*, 1995, pp. 553 à 626

PIROTTE, N., "Efficacité du recouvrement et respect des droits de la défense en matière fiscale", *Act. dr.*, 1993, pp. 179 à 237

PIROTTE, N. et BOURS, J.-P., "Le titre exécutoire en droit fiscal", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*, Le titre exécutoire non judiciaire (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 79 à 106

POLAK, J.M., "Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen", in *Liber amicorum J. Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, pp. 46 à 49

POPELIER, P., "Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak", *T.P.R.*, 1995, pp. 1049 à 1114

POUPART, J.M., "Les voies de fait et la juridiction des référés. Étude de jurisprudence", *Ann. dr.*, 1974, pp. 319 à 347

QUERTAINMONT, P., "Le déclin de l'État de droit", *J.T.*, 1984, pp. 273 à 280

QUERTAINMONT, P., "Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels", note sous Cass., 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 410 à 441

QUINTIN, M., "Des mesures provisoires d'urgence et des procédures accélérées", *A.P.T.*, 1995, pp. 123 à 148

REMON, C., "La force exécutoire de l'acte notarié et son exécution directe", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*, Le titre exécutoire non judiciaire (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 53 à 74

RIGAUX, F., "Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1963, sp. pp. 250 et 251

RIGAUX, F., "Le principe Nul ne peut se faire justice à soi-même en droit privé belge", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, pp. 11 à 26

RIMANQUE, K., "Nationale bescherming van grondrechten", *T.B.P.*, 1981, pp. 39 et 40

ROMIEU, J., "De la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif en Belgique", *J.T.*, 1886, pp. 1073 à 1081 et 1089 à 1097

ROMMEL, G., "De feitelijkheid in het kortgeding tegen de overheid", *T.P.R.*, 1983, pp. 1111 à 1139

SAROT, J. et GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.-J., "Les renonciations au bénéfice de la législation en droit public belge", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit public*, Travaux, T. XIII, Paris, Dalloz, 1960, pp. 567 à 610

SAROT, J., "Le caractère suspensif ou non suspensif des recours juridictionnels dirigés contre les autorités administratives", in *Rapports belges au XI^e congrès de l'académie internationale de droit comparé (Caracas)*, T. I, Anvers-Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 1982, pp. 693 à 711

SAROT, J. et DEROOVER, W., "Le droit de la défense devant l'administration et le juge de celle-ci", *A.P.T.*, 1984, pp. 193 à 204

SOETAERT, R., "Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie", in *Liber amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, pp. 51 à 66

SOHIER, J. et TULKENS, F., "Les cours et tribunaux, chronique de jurisprudence 1993-1994", *R.B.D.C.*, 1995, pp. 209 à 238

SOMERHAUSEN, M., obs. sous civ. Malines, 24 juin 1963, *R.C.*, 1964, pp. 119 à 124

SOMERHAUSEN, M., "Les principes généraux du droit administratif", in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX, T. IV (§ 113), Madrid, Instituto de estudios de administracion local, 1969, pp. 463 à 490, égal. "De Raad van State en de algemene beginselen van het administratief recht", in *T.B.P.*, 1970, pp. 481 à 487 (extrait)

SOMERHAUSEN, M., "Le contrôle juridictionnel", *R.C.*, 1975, pp. 255 à 264

STEVENS, R., "De toepassing van de nieuwe opschorsingsprocedure voor de Raad van State op het vlak van de ruimtelijke ordening en de Stedebouw", *T.B.P.*, 1990, pp. 759 à 770

STIJNS, S., et VUYE, H., "La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public", *R.G.D.C.*, 1999, pp. 615 à 642

STORME, M., "Intervention", in *L'exécution en question - De executie ter discussie*, Le titre exécutoire non judiciaire (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 75 à 78

STORME, M., "Het proces. Synthese en slotwoord", in de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *op. cit.*, 1996, pp. 387 à 393

STORME, M., "Esquisse d'un nouveau droit de la procédure pour le troisième millénaire", in *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 357 à 378

STRANART, A.-M. et GOFFAUX, P., "L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire", *J.T.*, pp. 437 à 447

SUETENS, L.P., "De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter", in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T. III, Bruxelles, Bruylant, 1973, pp. 673 à 690

SUETENS, L.-P., "Vigilantibus, non dormientibus, subveniunt jura", in *Liber amicorum J. Ronse*, Gent, Story-Scientia, 1986, pp. 91 à 102

SUETENS, L.P., "Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het belgisch administratief recht", *T.B.P.*, 1970, pp. 379 à 396 et in SUETENS, L.P., *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Deurne, die Keure, 1997, pp. 335 à 371

SUETENS, L.P., "Algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State", *T.B.P.*, 1981, pp. 81 à 89 et in SUETENS, L.P., *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Deurne, die Keure, 1997, pp. 373 à 390

SUETENS, L.P., "Preventieve rechtsbescherming bij overheidsoptreden", *T.B.P.*, 1981, pp. 59 à 69

SUETENS, L.P., "Algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur : begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in OPDEBEEK, I. (éd.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1993, pp. 1 à 26 et in SUETENS, L.P., *Op de grens van het ideaal denkbare en het praktisch haalbare*, Deurne, die Keure, 1997, pp. 391 à 415

TAPIE, P. et LEROY, M., "L'évolution du contentieux administratif en Belgique", *J.T.*, 1982, pp. 222 à 226

TOBBACK, L., "Vers une réforme globale du contentieux administratif", in Jeune barreau de Liège, *Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, Liège, 1990, pp. 209 à 230

TROUSSE, M., "Ce qui se juge administrativement et ce qui se juge judiciairement", in Jeune barreau de Liège, *Le citoyen face à l'administration. Commissions et juridictions administratives : quels droits de la défense ?*, Liège, 1990, pp. 185 à 208

TULKENS, F., "L'introduction d'un référé administratif en droit belge : une délicate révolution", *J.T.*, 1992, pp. 28 à 32

TULKENS, F. et SOHIER, J., "Les cours et tribunaux, chronique de jurisprudence 1993-1994", *R.B.D.C.*, 1995, pp. 209 à 238

VALERIUS, A., "De la création d'un Conseil d'État en Belgique et de la responsabilité de la puissance publique", *B.J.*, 1921, col. 161 à 174

VAN COMPERNOLLE, J. et de LEVAL, G., "Aperçu des règles communes aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution", in FETTWEIS, A. et GUTT, E. (dir.), *Les voies conservatoires et d'exécution*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1982, pp. 9 à 82

VAN COMPERNOLLE, J., "Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile", note sous Cass., 10 sept. 1981, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 241 à 272

VAN COMPERNOLLE, J. et de LEVAL, G., "L'évolution du référé : renouveau ou mutation ?", *J.T.*, 1985, pp. 517 à 525

VAN COMPERNOLLE, J. et de LEVAL, G., "Le référé en sursis ?", in Jeune barreau de Liège, *L'administration face à ses juges*, 1987, pp. 189 à 212

VAN COMPERNOLLE, J., "Actualité du référé", *Ann. dr. Louvain*, 1989, pp. 141 à 172

VAN DAMME, M., "De procedure van voorlopige schorsing voor de Raad van State", in *Liber amicorum Paul De Vroede*, T. II, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1994, pp. 1329 à 1341

VANDEKERCKHOVE, R., "Essai de réforme du contentieux administratif", *A.P.T.*, 1976-77, pp. 173 à 207

VANDER STICHELE, A., "Het toetsingsrecht (art. 107 van de Grondwet)", *Rechtsk.T.*, 1946, pp. 359 à 371

VANDER STICHELE, A., "Tenuitvoerlegging van een onwettig bevel", *T.B.P.*, 1951, pp. 350 à 356

VANDER STICHELE, A., "De exceptie van de onwettelijkheid" (artikel 107 van de Grondwet)", *T.B.P.*, 1954, pp. 187 à 195

VANDER STICHELE, A., "Executoire bestuurlijke beslissing", *R.W.*, 1961, col. 1745 à 1756

VANDER STICHELE, A., "De l'exécution des décisions juridictionnelles en matière administrative", *R.J.D.A.*, 1975, pp. 1 à 22

VAN DORPE, B., "De wet van 19 juli 1991 betreffende het administratief kort geding", *R.W.*, 1991-1992, pp. 1377 à 1388

VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.*, 1982-1983, col. 961 à 978

VAN GERVEN, W. et WYCKAERT, M., "Overeenkomsten met de overheid", *T.P.R.*, 1987, pp. 1709 à 1754

VAN GERVEN, W., "Wederzijdse doordringing van publiek- en privaatrecht op nationaal en supranationaal niveau : van doorwerking gesproken !", in *Publiekrecht : de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, XIIIe postuniversitaire cyclus Willy Delva, 1996-1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, pp. 183 à 202

VAN HEE, Z. et DE VROE, J., "Le rôle social du notaire vis-à-vis de l'État", in Congrès des Notaires de Belgique, Gembloux, Duculot, 1957, trad. fr., pp. 291 à 310

VAN HOOYDONK, E., "Het artikel 130 van de Grondwet als algemene grondslag van het bestedendigheidsbeginsel in het administratief recht", *T.B.P.*, 1992, pp. 75 à 88

VAN OMMESLAGHE, P., "Droit commun et droit fiscal", *J.D.F.*, 1989, pp. 5 à 32

VAN ORSHOVEN, P., "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken - Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Publiekrecht : de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, XIIIe postuniversitaire cyclus Willy Delva, 1996-1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, pp. 1 à 36

VAN ORSHOVEN, P., "Non scripta, sed nata lex. Over het begrip en de plaats in de normenhiërarchie van de algemene rechtsbeginselen", in M. VAN HOECKE (éd.), *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, pp. 59 à 80, et *R.W.*, 1989-1990, pp. 1375 à 1383

VANWELKENHUYZEN, A., "La règle ... et ses limites en droit (public) belge", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, pp. 315 à 336, égal. in *R.A.*, 1967, pp. 173 à 182, sous le titre "La maxime ..., ses limites et ses sanctions", mais cette dernière version est incomplète, de sorte que seule la version officielle est citée dans le texte

VANWELKENHUYZEN, A., "De quelques lacunes en droit constitutionnel belge", in PERELMAN, C. (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 339 à 361

VAUTHIER, M. et MOUREAU, L., "Étude sur l'influence exercée, en Belgique, par le Conseil d'État de France", in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 481 à 491

VELU, J., "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Belgique", in *Gerichtsschutz gegen die exekutive*, T. I, Institut Max Planck, Cologne-Berlin, 1969, pp. 55 à 112

VELU, J., "Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État", concl. préc. Cass. (ch. r.), 10 avril 1987, *A.P.T.*, 1988, pp. 280 à 314

VERHAEGEN, J. et HENNAU, C., "Dédutions injustifiables ou les vices de logique ? Une censure controversée", *J.T.*, 1996, pp. 269 à 279

VILAIN, F., "Notariat et actes administratifs immobiliers, conformité de la pratique à la loi ?", *Rev. not. belge*, 1975, pp. 54 à 70

VRANCKX, A., "Is de administratieve rechtspraak een bron van recht ?", *T.B.P.*, 1957, pp. 271 à 275

VUYE, H. et STIJNS, S., "La faculté de remplacement à la lumière de l'exécution en nature et du principe de la continuité du service public", *R.G.D.C.*, 1999, pp. 615 à 642

WAGNER, D., "Récupération des subventions-traitements ou de traitements versés indûment", *Scolanews*, 1996, p. 2

WARLOMONT, R., "Le contrôle juridictionnel de la légalité des arrêtés et règlements en France et en Belgique", *R.A.*, 1949, pp. 173 à 191

WÉRY, P., "Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle", obs. sous Liège, 8 juin 1993, *J.T.*, 1995, pp. 429 à 434

WÉRY, P., "Les dépens du remplacement judiciaire", note sous civ. Liège (sais.), 25 août 1993 et 25 octobre 1993, *Act. dr.*, 1994, pp. 693 à 697

WÉRY, P., "Les voies d'exécution des condamnations non pécuniaires : essai de systématisation du droit belge", *Act. dr.*, 1995, pp. 825 à 842

WÉRY, P., "L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire", *R.R.D.*, 1996, pp. 211 à 222

WÉRY, P., "Questions actuelles du droit de la responsabilité aquilienne", in *Droit de la responsabilité*, C.U.P., 1996, pp. 5 à 58

WÉRY, P., "L'exécution en nature des obligations contractuelles : quelques développements jurisprudentiels et doctrinaux récents", in C.U.P., *La théorie générale des obligations*, 1998, pp. 59 à 91

WITMEUR, R., "Quelques réflexions à propos des procédures administrative et judiciaire. De la différence objective à l'enseignement pratique ? L'action collective, la citation collective et l'assistance judiciaire", *R.D.J.P.*, 1996, pp. 32 à 41

WITMEUR, R. et GONTHIER, E., "Les mesures provisoires et conservatoires dans la procédure administrative", in de LEVAL, G., LEWALLE, P. et STORME, M., *Le contentieux interdisciplinaire - Het interdisciplinair geschil*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 322 à 337

WITMEUR, R. et DE CONINCK, L., "Aspects actuels du référé administratif", in C.U.P., *Les procédures en référé*, 1998, pp. 100 à 134

WYCKAERT, M. et VAN GERVEN, W., "Overeenkomsten met de overheid", *T.P.R.*, 1987, pp. 1709 à 1754

X., "Un grand arrêt et un petit livre", *J.T.*, 1921, col. 81 à 84

X., recension de L. WODON, *R.A.*, 1920, pp. 149 à 155

X., recension d'A. BUTTGENBACH, *R.C.*, 1953, pp. 50 à 57

Z., "Des actes contresignés par les secrétaires communaux et de leur caractère en droit administratif et en droit fiscal", *Rev. dr. b.*, 1886-1990, pp. 1 à 22 et réponse S., même titre, même revue, pp. 259 à 272

II. DROIT FRANÇAIS

A. Ouvrages généraux, monographies, thèses et actes

ALIBERT, R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926

AUCOC, L., *Conférences sur l'Administration et le droit administratif faites à l'Ecole Impériale des Ponts et Chaussées*, 3 T., Paris, Dunod, 1869-1876 (T. I et II, 3^e éd., 1885 et 1886 ainsi que T. III, 2^e éd., 1882)

BATBIE, A., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1885, 7 T.

BATBIE, A., *Précis du cours de droit public et administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 5^e éd., Paris, Pichon, 1885

BÉNOIT F.-P., *Le droit administratif français*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1968

BERTHÉLEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, 1^{ère} éd., 1900, et 13^e et dernière éd., Paris, Rousseau, 1933

BLOCK, M., *Dictionnaire de l'administration française*, T. I, 5^e éd., Paris, Berger-Levrault, 1905, "Acte administratif" (V. QUENTIN) et "Exécution parée, exécutoire"

BLUMANN, C., *La renonciation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974

BONNARD, R., *Précis de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd., 1943

BOUCHENÉ-LEFER, *Principes et notions élémentaires de droit public*, Paris, Cosse et Marchal, 1862

BOURJOL, M., *Droit administratif*, 2 T., Paris, Masson, 1972 et 1973

- BRACONNIER, S., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997
- BRAIBANT, G., LONG, M., WEIL, P., DELVOLVÉ, P. et GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1996
- BRAIBANT, G. et STIRN, B., *Le droit administratif français*, 4^e éd., Paris, Dalloz et P.F.N.S.P., 1997
- BRUNOT, F., *La pensée et la langue. Méthode, principes et plan d'une théorie nouvelle du langage appliquée au français*, 3^e éd., Paris, Masson et Cie, 1953, en part. pp. 209, 364 et 585
- CAVARÉ, L., *Les recours de l'administration devant le juge*, Montauban, Prunet, 1920
- CHAPUS, R., *Droit administratif général*, 2 T., 11^e éd., Paris, Domat droit public Montchrestien, 1997
- CHAPUS, R., *Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1957
- CHEVALIER, T., *Jurisprudence administrative ou Recueil complet et méthodique par ordre alphabétique des arrêts du Conseil d'État en matière contentieuse avec la législation qu'ils appliquent*, 2 T., Paris, Dupont, Joubert et Vidcoq, 1836
- CHINOT, R., *Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, Paris, Lavergne, 1945
- de CHABERT-OSTLAND, A., *Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif*, Paris, Giard et Brière, 1907
- de CORMENIN, *Questions de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie de jurisprudence Tarlier, 1834
- CRUET, J., *Étude juridique de l'arbitraire administratif*, Paris, Rousseau, 1906
- DEBBASCH, C., *Procédure administrative contentieuse et procédure civile. Étude de droit comparé interne*, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1960, 2 parties
- DEBBASCH, C., *Institutions et droit administratifs*, 4^e éd., 2 T., Paris, P.U.F., 1991 et 1998
- DEBEYRE, G. et DUEZ, P., *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952
- de CORAIL, J.-L., *Cours de droit administratif*, Paris, Cujas, 1976-1977
- de CORAIL, J.-L., *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1954

- de FORGES, J.-M., *Droit administratif*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1995
- de GÉRANDO, *Institutes du droit administratif français ou Eléments du Code administratif*, 2^e éd., 5 T., Paris, Cujas, 1842 (1 à 3), 1845 (2) et 1846 (3), avec la collaboration de MACAREL
- DE LACOUR, R., *La résistance aux actes de l'autorité publique*, Paris, Joue, 1905
- de LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A., RIVERO, J., et VEDEL, G., *Pages de doctrine*, 2 T., Paris, L.G.D.J., 1980
- de LAUBADÈRE, A., VÉNÉZIA, J.-C. et GAUDEMET, Y., *Traité de droit administratif*, T. I, 13^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994
- DELCROS, X. et RIGAUD, J., *Les institutions administratives françaises*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1984
- DELVOLVÉ, P., *L'acte administratif*, Paris, Sirey, 1983 (extrait du Répertoire de contentieux administratif Dalloz)
- DELVOLVÉ, P. et VEDEL, G., *Droit administratif*, 2 T., 12 éd., Paris, P.U.F., 1992
- DELVOLVÉ, P., LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G. et GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1996
- DEMICHÉL, A., *Le droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1978
- DENOIX de SAINT MARC, R., LABETOULLE, D. et ROUGEVIN-BAVILLE, M., *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989
- DUBOIS, L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, L.G.D.J., 1962
- DUCROCQ, T., *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, T. I, 7^e éd., Paris, Fontemoing, 1897 ainsi que T. II, 7^e éd., 1897, T. III, 7^e éd., 1898, ainsi que T. IV, 6^e éd., 1900
- DUEZ, P. et DEBEYRE, G., *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952
- DUFOUR, G., *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e éd., 8 T., Paris, Garnier, 1868-1870 et supplément en 4 T. par TAUDIÈRE, 1901
- DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 5 T., T. I à III, 1927, 1928 et 1930
- DUPUIS, G., *Les privilèges de l'administration*, 2 T., Paris, thèse, 1962

DUPUIS, G. et GUÉDON, M.-J., *Institutions administratives et droit administratif*, 3^e éd., Paris, Colin, 1991

EISENMANN, C., *Cours de droit administratif*, 2 T., Paris, L.G.D.J., resp. 1982 et 1983

FOUCART, E.-V., *Éléments de droit public et administratif*, 4^e éd., 3 T., Paris, Marescq et Dujardin, 1855 (1 et 2) et 1856 (3)

GAUDEMET, Y., de LAUBADÈRE, A. et VÉNÉZIA, J.-C., *Traité de droit administratif*, T. I, 13^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994

GENEVOIS, B., LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G. et DELVOLVÉ, P., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1996

GUÉDON, M.-J. et DUPUIS, G., *Institutions administratives et droit administratif*, 3^e éd., Paris, Colin, 1991

HAURIOU, M., *Précis élémentaire de droit administratif*, 5^e éd. ent. refondue et mise à jour par A. HAURIOU, Paris, Sirey, 1943

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public général*, 3^e éd., Paris, Larose, 1897; 4^e éd., Paris, Larose (Sirey), 1901; 5^e éd., 1903; 6^e éd., 1907; 10^e éd., Paris, Sirey, 1921; 11^e éd., 1927

HAURIOU, M., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933

HENRION de PANSEY, P.-P.-N., *De l'autorité judiciaire suivie de la compétence des juges de paix*, Bruxelles, De Mat, 1830

JACQUELIN, R., *Les principes dominants du contentieux administratif : ouvrage spécialement destiné aux candidats aux doctorats*, Paris, Giard, 1899

JÈZE, G., *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., 6 T., Paris, L.G.D.J., 1925-1936, principalement T. I à III, 1925, 1930 et 1926

LABETOULLE, D., DENOIX de SAINT MARC, R. et ROUGEVIN-BAVILLE, M., *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989

LACHAUME, J.-F., *Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif*, 10^e éd., Paris, P.U.F., 1996

LACOSTE, A., *De l'exécution forcée par voie administrative. Relativement à l'application de la loi du 1^{er} juillet 1901*, Paris, Bonvalot - Jouve, 1907

LAVIALLE, C., *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974

LAFFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 T., Paris, Berger-Levrault, 1887, rééd. chez L.G.D.J. en 1989

LEFÉBURE, M., *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, Paris, L.G.D.J., 1961

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P. et GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1996

MACAREL, L.A., *Éléments de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, éd. augm., 2 T., Bruxelles, Tarlier, 1837

MACAREL, L.A., *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 2^e éd., 4 T., Paris, Thorel, 1848

MATHIOT, A., de LAUBADÈRE, A., RIVERO, J. et VEDEL, G., *Pages de doctrine*, 2 T., Paris, L.G.D.J., 1980

MESTRE, A., *Le Conseil d'État protecteur des prérogatives de l'administration (Études sur le recours pour excès de pouvoir)*, Paris, L.G.D.J., 1974

MICHOUD, L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 T., 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1932, ainsi que 1^{re} éd., 1906 et 1909, et 2^e éd., 1924 (les deux dernières éditions sont "mises au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence par L. TROTABAS)

MODERNE, F., *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, 2 T., Bordeaux, thèse, 1960

MORAND-DEVILLER, J., *Cours de droit administratif*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1997

MOREAU, F., *Manuel de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1909

MOREAU, J., *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1989

MOURGEON, J., *La répression administrative*, Paris, L.G.D.J., 1967

NGUYEN-VAN-BONG, *Décision exécutoire et décision faisant grief en droit administratif français*, Paris, thèse, 1960

PACTET, P., *Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative*, Paris, Pedone, 1952

- PEISER, G., *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 1993
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, 5^e éd., Paris, L.G.D.J., 1909
- POUYAUD, D. et WEIL, P., *Le droit administratif*, 16^e éd., Paris, P.U.F., 1994
- PY, P., *Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux*, Paris, L.G.D.J., 1976
- RIGAUD, J., et DELCROS, X., *Les institutions administratives françaises*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 1984
- RIVERO, J., de LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A. et VEDEL, G., *Pages de doctrine*, 2 T., Paris, L.G.D.J., 1980
- RIVERO, J. et WALINE, J., *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 1996
- ROLLAND, L., *Précis de droit administratif*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 1951
- ROUGEVIN-BAVILLE, M., DENOIX de SAINT MARC, R. et LABETOULLE, D., *Leçons de droit administratif*, Paris, Hachette, 1989
- ROUSSET, M., *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960
- SAVATIER, R., *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1950 (concernant plutôt l'immixtion du public dans le privé)
- SCHWARTZENBERG, R.-G., *L'autorité de chose décidée*, Paris, L.G.D.J., 1969
- SERRIGNY, D., *Questions et traités de droit administratif*, Paris, Durand, 1854
- SERRIGNY, D., *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Joubert, 1865
- SFEZ, L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1966
- STASSINOPOULOS, M., *Traité des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1954
- STIRN, B., *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1994
- STIRN, B. et BRAIBANT, G., *Le droit administratif français*, 4^e éd., Paris, Dalloz et P.F.N.S.P., 1997
- TOURDIAS, M., *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Paris, L.G.D.J., 1957

- VEDEL, G., de LAUBADÈRE, A., MATHIOT, A. et RIVERO, J., *Pages de doctrine*, 2 T., Paris, L.G.D.J., 1980
- VEDEL, G. et DELVOLVÉ, P., *Droit administratif*, 2 T., 12 éd., Paris, P.U.F., 1992
- VÉNÉZIA, J.-C., de LAUBADÈRE, A. et GAUDEMET, Y., *Traité de droit administratif*, T. I, 13^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994
- VINCENT, F., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives*, Paris, L.G.D.J., 1966
- VIVIEN, *Études administratives*, 3^e éd., Paris, Guillaumin, 1859 (réimpression, T. I, Paris, Cujas, 1974)
- WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., 2 T., Paris, Sirey, 1963 et 1970
- WALINE, J. et RIVERO, J., *Droit administratif*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 1996
- WEIL, P. et POUYAUD, D., *Le droit administratif*, 16^e éd., Paris, P.U.F., 1994
- WEIL, P., LONG, M., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P. et GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^e éd., Paris, Sirey, 1996
- B. Articles, rapports, chroniques, notes, observations, examens de jurisprudence, conclusions du Ministère public**
- "Le droit administratif. Bilan critique", *Pouvoirs*, 1988, 195 pp.
- "Le droit administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation", *A.J.D.A.*, 1995, n° spécial, 240 pp.
- ABRAHAM, R., "L'avenir de la voie de fait et le référé administratif", in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 1 à 13
- AUBY, J.-M., "La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les renoncements au bénéfice de la loi en droit public*, Travaux, T. XIII, Paris, Dalloz, 1960, pp. 511 à 536
- BARTHÉLEMY, J., "La résistance aux actes de l'autorité publique", *R.D.P.*, 1907, pp. 311 à 320
- BARTHÉLEMY, J., "Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public", *R.D.P.*, 1912, pp. 505 à 540

BÉNOIT, F.-P., "Juridiction judiciaire et juridiction administrative", *J.C.P.*, 1964, I, 1838, sp. nos 18 à 26

BERTHÉLEMY, H., "Défense de quelques vieux principes", in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, pp. 809 à 830

BOUCHENÉ-LEFER, "De la juridiction administrative", *Revue pratique de droit français*, 1863, pp. 354 à 381 et correspondance pp. 558 à 560

BOUCHENÉ-LEFER, "Quel est le véritable objet du droit administratif ?", *Revue pratique de droit français*, 1864, pp. 105 à 110

BOULOUIS, J., Rapport général, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, pp. 298 à 302

BOULOUIS, J., "Supprimer le droit administratif ?", in "Le droit administratif. Bilan critique", *Pouvoirs*, 1988, pp. 5 à 12

BRAIBANT, G., "Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit", in *Mélanges René Chapus*, Droit administratif, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 91 à 102

BRETHER de La GRESSAYE, J., "Droit administratif et droit privé", in *Études offertes à G. Ripert, Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, T. I, Paris, L.G.D.J., 1950, pp. 304 à 322

BUFFELAN, J.-P., "Les grandes théories de base du droit administratif français", *R.J.D.A.*, 1967, pp. 233 à 270, avec note préliminaire HUBERLANT, C.

CHARMONT, J., "Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile", *Rev.trim.dr.civ. (fr.)*, 1906, pp. 813 à 846

CHEVALLIER, J., "Le droit administratif, droit de privilège ?", in "Le droit administratif. Bilan critique", *Pouvoirs*, 1988, pp. 56 à 70

CRUCIS, H.-M., "Notion d'acte administratif", *Jurisclasseur administratif*, fasc. 106-10 (1996)

DARCY, G., "La décision exécutoire. Esquisse méthodologique", *A.J.D.A.*, 1994, pp. 663 à 678

DEBBASCH, C., "Les sources du droit administratif. Permanence et novation", *D.*, 1971, chr., 1971, pp. 255 et 256

DEBBASCH, C., "Le droit administratif, droit dérogatoire du droit commun ?", in *Mélanges René Chapus*, Droit administratif, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 127 à 133

de BEZIN, G. et HAURIOU, M., "La déclaration de volonté dans le droit administratif français", *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1903, pp. 543 à 586

DEFFIGIER, C., "La conception du droit administratif à travers les introductions des traités et manuels du droit administratif", *R.J.C.O.*, 1993, pp. 109 à 148

DEHAUSSY, J., "Rapport général", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit public*, Travaux, T. XIII, Paris, Dalloz, 1960, pp. 495 à 510

de LAUBADÈRE, A., "Réflexions sur la crise du droit administratif français", *D.*, chr., 1952, pp. 5 à 8 et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 177 à 186

de LAUBADÈRE, A., "Revalorisations récentes de la notion de service public en droit français", *A.J.D.A.*, 1961, pp. 591 à 599, et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 219 à 237

de LAUBADÈRE, A., "Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit", *Ann. fac. dr. sc. écon. Toulouse*, 1968, pp. 209 à 228, et in *Pages de doctrine*, T. I, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 11 à 28

DELVOLVÉ, P., "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire", in *Mélanges René Chapus, op. cit.*, 1992, pp. 135 à 145

DENOIX de SAINT MARC, R., PACTEAU, B., BOITEAU, C., LATOURNERIE, M.-A., MODERNE, F. et SCANVIC, F., "La loi du 8 février 1995 et la réforme du contentieux administratif", *R.F.D.A.*, 1996, pp. 1 à 77

DRAGO, R., "La règle ... et ses limites en droit français", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, pp. 303 à 314

DUGUIT, L., "L'acte administratif et l'acte juridictionnel", *R.D.P.*, 1906, pp. 413 à 471

DUPOND, O., "Les conditions de légalité de l'exécution forcée par la voie administrative", *R.D.P.*, 1925, pp. 347 à 412

DUPUIS, G., "Définition de l'acte unilatéral", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 205 à 213

EISENMANN, C., "Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX^e siècle au XX^e siècle)", *R.D.P.*, 1952, pp. 903 à 979

EISENMANN, C., "Le droit administratif et le principe de légalité", *E.D.C.E.*, 1957, pp. 25 à 40

EISENMANN, C., "Le rapport entre la compétence juridique et le droit applicable au droit administratif", in *Mélanges offerts à J. Maury*, T. II, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 379 à 403

EISENMANN, C., "Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif", in *Homenaje a Enrique Sayagues-Laso*, Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX, T. IV (§ 113), Madrid, Instituto de estudios de administracion local, 1969, pp. 417 à 438

EISENMANN, C., "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", *R.D.P.*, 1972, pp. 1345 à 1422

FAVOREU, L., "La constitutionnalisation de l'ordre juridique. Considérations générales", *R.B.D.C.*, 1998, pp. 233 à 243

FLOUR, J., "Influence du droit public sur le droit privé", in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, T. II, Paris, Dalloz, 1948 (1946) (l'empiètement des pouvoirs publics sur le droit privé)

FRÉJAVILLE, M., "Les réquisitions de logement peuvent-elles être exécutées d'office ?", *J.C.P.*, 1947, I, 617

FROMONT, M., "Évolution comparée des recours en annulation en France et en Belgique", in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 15 à 30

GABOLDE, C., "Exécution des jugements et des actes", in *Encycl. Dalloz*, sp. pp. 59 à 63, nos 45 à 89 (Exécution des actes administratifs)

GENY, B., "De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif", in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, Paris, Sirey, 1952, pp. 277 à 293

GEOFFROY, J.-B., "Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre", *R.D.P.*, 1987, pp. 49 à 88

GERVAIS, A., "Exécution d'office par voie administrative", *R.D.P.*, 1948, pp. 264 à 270 (revue sommaire de jurisprudence)

HAÏM, V., "Les créances publiques et le privilège du préalable", *D.*, 1994, pp. 217 et 218

HAURIOU, A., "L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé", in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, T. III, Paris, Sirey, 1935, pp. 92 à 99

HAURIOU, M. et de BEZIN, G., "La déclaration de volonté dans le droit administratif français", *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1903, pp. 543 à 586

HAURIOU, M., "Les idées de M. DUGUIT", *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, pp. 1 à 40

HÉBRAUD, P., "L'exécution des jugements civils", *R.I.D.C.*, 1957, pp. 170 à 202

HECQUARD-THÉRON, M., "De la prérogative de puissance publique à la prérogative de décision", in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 671 à 686

HENRY, J.-P., "Vers la fin de l'État de droit ?", *R.D.P.*, 1977, pp. 1207 à 1235

KOUBI, G., "Acte exécutoire et actes des autorités locales", *R.D.P.*, 1990, pp. 1493 à 1523

LATOURNERIE, R., "Sur un Lazarre juridique : bulletin de santé de la notion de service public : agonie ? convalescence ? ou jouvence ?", *E.D.C.E.*, 1960, pp. 61 à 159

LECLERCQ, C., "Le déclin de la voie de fait", *R.D.P.*, 1963, pp. 657 à 713

LEMOYNE de FORGES, J.-M., "Le juriste arrive toujours plus tard", in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 481 à 486

LINOTTE, D., "Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif", *A.J.D.A.*, 1980, pp. 632 à 639

MARCHAND, J.-M., "Procédés du droit administratif", *Jurisclasseur administratif*, fasc. 110 (1989)

MARTIN, R., "Sur l'unité des ordres de juridictions", *Rev. trim. dr. civ. (fr.)*, 1996, pp. 109 à 127

MESTRE, A., "Recherches sur l'exception d'illégalité", in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, pp. 598 à 656

MORELLET, J., "L'interprétation du droit public et du droit privé", in *Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, T. III, Paris, L.G.D.J., 1938, pp. 137 à 142 (concernant plutôt la distinction du droit public et du droit privé)

NERSON, R., Rapport introductif et rapport de synthèse, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Nul ne peut se faire justice à soi-même*, Travaux, T. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, resp. pp. 7 à 10 et 135 à 141

PLANTEY, A., "Force exécutoire", *Encycl. Dalloz*, pp. 180 et 181

PETOT, J., "Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français", *R.D.P.*, 1965, pp. 369 à 398

- PUTMAN, E., "La contrainte dans le droit de l'exécution", *R.R.J.*, 1994, pp. 341 à 354
- QUENTIN-BAUCHART, "Étude sur la juridiction administrative", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, pp. 130 à 170
- RENARD, G., "L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé", in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys*, T. III, Paris, Sirey, 1935, pp. 77 à 91
- RIALS, S., "Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. À propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge", *A.J.D.A.*, 1981, pp. 115 à 118
- RICHER, L., "Les travaux exécutés d'office", *C.J.E.G.*, 1985, pp. 35 à 43
- RIEZLER, E., "Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public", in *Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, T. III, Paris, L.G.D.J., 1938, pp. 117 à 136 (concernant plutôt l'immixtion du public dans le privé)
- RIVERO, J., "Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* ?", *D.*, 1947, chr., pp. 69 à 72
- RIVERO, J., "Apologie pour les "faiseurs de systèmes" ", *D.*, 1951, chr., pp. 99 à 102 et in *Pages de doctrine*, T. I, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 3 à 10
- RIVERO, J., "Le juge administratif : un juge qui gouverne", *D.*, 1951, chr., pp. 21 à 24 et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 303 à 312
- RIVERO, J., "Existe-t-il un critère du droit administratif ?", *R.D.P.*, 1953, pp. 279 à 296
- RIVERO, J., "Hauriou et l'avènement de la notion de service public", in *Études en l'honneur d'Achille Mestre, L'évolution du droit public*, Paris, Sirey, 1956, pp. 461 à 471
- RIVERO, J., "L'État moderne peut-il être encore un État de droit ?", *Ann. fac. dr. Liège*, 1957, pp. 65 à 101
- RIVERO, J., "Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif", *E.D.C.E.*, 1955, pp. 27 à 36 et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 63 à 78
- RIVERO, J., "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits", in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, T. II, Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 813 à 836 et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 563 à 580
- RIVERO, J., "Maurice Hauriou et le droit administratif", *Ann. fac. dr. sc. écon. Toulouse*, 1968, pp. 141 à 155 et in *Pages de doctrine*, T. I, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 29 à 41

- RIVERO, J., "Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?", in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 701 à 717 et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 313 à 328
- RIVERO, J., "Sur le caractère exécutoire des autorisations administratives", in *Études offertes à P. Kayser*, T. II, Presses univ. d'Aix-Marseille, 1979, pp. 379 à 382
- SATCHIVI, F., "Le déclin des prérogatives de l'administration", *L.P.A.*, 7 septembre 1990, pp. 13 à 24
- SIRAT, C., "L'exécution directe, l'exécution forcée, deux procédures distinctes de l'exécution administrative", *J.C.P.*, 1958, I, 1440, pp. 1 à 14 (selon une pagination officielle)
- TIXIER, G., "Les prérogatives de l'autorité administrative en matière fiscale", *R.S.L.F.*, 1958, pp. 112 à 129
- VEDEL, G., "La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative", *J.C.P.*, 1950, I, 851
- VEDEL, G., "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *E.D.C.E.*, 1954, pp. 21 à 53 et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 129 à 176
- VEDEL, G., "Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge", in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, op. cit., 1974, pp. 777 à 793 et in *Pages de doctrine*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 203 à 217
- VEDEL, G., "Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ?", *E.D.C.E.*, 1980, pp. 31 à 46
- VÉNÉZIA, J.-C., "Puissance publique et puissance privée", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 363 à 378
- VIGNES, C.-H., "Le pouvoir de substitution", *R.D.P.*, 1960, pp. 753 à 801
- VIRALLY, M., "Acte administratif", *Encycl. Dalloz*, sp. pp. 22 et 23, nos 197 à 200 (Exécution des actes administratifs)
- WALINE, M., "À propos du rapport entre la règle du droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent", *R.D.P.*, 1961, pp. 8 à 20
- WALINE, M., "Le pouvoir normatif de la jurisprudence", in *Mélanges en l'honneur de G. Scelle, La technique et les principes du droit public*, T. II, Paris, L.G.D.J., 1950, pp. 613 à 632

WEIL, P., "À propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence Giry", in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 379 à 395